الكتب القانونية

الأحكام الأساسية

للأسرة الإسلامية

في الفقه والقانون

دكتور
زكريا البري
أستاذ كرسي الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة القاهرة
ووزير الدولة للأوقاف

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزي وشركاه

الأحكام الأساسية

للأسرة الإسلامية

في الفقه والقانون

دكتور
زكريا البري
أستاذ كرسي الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة القاهرة
ووزير الدولة للأوقاف

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزي وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك اللهم ونستعينك ، ونستهديك ونتوكل عليك،ونصلى ونسلم على خاتم أنبيائك ورسلك ، من أرسلته رحمة للعالمين : هاديا ومبشرا ونذيرا .

وبعد — فهذه خلاصة الأحكام الأساسية للأسرة الاسلامية .

بينت فيها الآراء الفقهية المختلفة ، والمعمول به قانونا فى مصر وهو أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على قواعد خاصة ، طبقا لما نصت عليه المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، كما أشرت أحيانا إلى المعمول به فى بعض البلاد العربية وما تتجه إليه مشروعات القوانين التى أعدت فى هذا الشأن .

وقد عنونتها بأحكام الأسرة ، وهو ما تتجه إليه التسمية الآن ، وعدلت عما واشتهر من تسميتها بالأحوال الشخصية ، ترجمة للفظ الافرنجى والاصطلاح الأوربى .

والله ولى التوفيق ، والهادى إلى أقوم طريق .

زكريا البرى

أستاذ ورئيس أقسام الشريعة الإسلامية
بكليات حقوق القاهرة والمنصورة والزقازيق
والشرطة ومعهد الدراسات الاسلامية

الزواج

حكمة مشروعيته :

١ — قضت الحكمة والارادة الالهية ، والفطرة التى فطر الله الناس عليها ، بضرورة الاجتماع ، والاتصال بين الرجل والمرأة ، حتى يكون من ذلك ذرية تتوالد وتتناسل ، وتعبد الله ، وتعمل فى عمارة الكون واستغلال ثرواته . إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها . وهو خير الوارثين .

وكرم الله الإنسان، فلم يترك ذكره وأنثاه يجتمعان كما يجتمع ذكر الحيوان بأنثاه، بل شرع الزواج وسيلة إلى ذلك ، ورتب عليه حقوقا وواجبات ، ليتحقق من الاجتماع بينهما مودة ورحمة ، وتحصين وإعفاف ، وليكون من ذلك ذرية طيبة قوية تجد فى كنف الوالدين الرعاية الكاملة .

ولو أن أمر الانسان فى ذلك ترك بلا ضابط ولا نظام ، لترتبت مفاسد لا تحصى ، ولما وجدت الذرية المشتركة الشائعة التى تتوالد عن هذه الفوضى كامل الرعاية والعناية . فشأن الاشتراك ضعف الشعور بالمسئولية ، ومحاولة كل شريك القاء العبء على غيره ، وتقصير كل منهم اعتمادا على قيام الآخر بواجبه، مما يترتب عليه الضياع والفساد ، فضلا عن تفكك المجتمع واختلاله ، وانعدام العواطف وروح التعاون التى ينميها نداء القرابة ، ووحدة الدم فى نظام الأسرة .

حكمه :

٢ — (أ) والزواج حال اعتدال المزاج سنة مؤكدة فى رأى جمهور الفقهاء ، ويرى بعض الشافعية وبعض الزيدية من الشيعة أنه مباح يجوز فعله وتركه كغيره من المباحات . ويرى الظاهرية أنه فرض على القادر عليه من الرجال .

أما الظاهرية فيستدلون بظواهر النصوص التى وردت فى هذا الشأن ، مثل

قوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» وقوله عليه الصلاة والسلام : « يامعشر الشباب ، من استطاع منكم الباءة[1] فليتزوج فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء »[2] فقد طلب الزواج بصيغة الأمر . والأمر يدل على الوجوب .

وأما فريق الشافعية والزيدية فيقولون :أن الزواج أمر دنيوي يحقق مطالب الجسد كالأكل والشرب واللبس . يسد به الانسان حاجته ، كما يسد بالأكل والشرب حاجته ، ومن يعمله فانما يعمله بدافع غريزى ، ولهذا يكون من المؤمن وغير المؤمن ، ومن الصالح والطالح ، وذلك شأن المباحات ، وأوامر الشارع محمولة لذلك على الاباحة ، مثل قوله تعالى : « كلوا واشربوا » أما المندوبات فانها نوع من العبـــادة الروحية ، يختص به المؤمن ويثاب عليه ، وليس الزواج كذلك .

وأما جمهور الفقهاء فيرون ان هذه الأوامر ليست للوجوب واللزوم كما يقول الظاهرية ، بل هي للندب والطلب غير اللازم ، بدليل ماروى من أن ثلاثة رهط[3] جاءوا إلى بيوت أزواج النبي — صلى الله عليه وسلم — يسألون عن عبادته ، فلما أخبروا بها كأنهم تقالوها — أى رأوها قليلة — فقالوا : وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر . فقال أحدهم : أما أنا فانى أصلى الليل أبدا ، وقال آخر : أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر : أنا أعتزل النساء فلا أتزوج ، فجاء رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقال : أنتم الذين قلتم كذا وكذا ؟ أما والله انى لأخشاكم لله وأتقاكم له ، لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأرقد ، وأتزوج

---

(١) الباءة : مطالب الزواج وما يقتدر به عليه .
(٢) وجاء : وقاية .
(٣) الرهط : مادون العشرة من الرجال .

النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى »[1] ولم يرو عنه صلى الله عليه وسلم فى هذه الرواية ولا فى غيرها ايجاب الزواج وتحتيمه .

وإذا كانت هذا الأوامر لاتفيد الوجوب لما ذكرنا ، فانها لا تفيد الاباحة فقط كما يقول فريق الشافعية والزيدية ، لأن الرسول قد حث عليه ورغب فيه بمثل قوله : « تزوجوا فانى مكاثر بكم الأمم » وبمثل مارواه قتادة من أن النبى صلى الله عليه وسلم - نهى عن التبتل[2] وتلا قتادة قوله تعالى : « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية » مما لاتتفق معه دعوى الاباحة، وليس شأن الزواج كشأن الأكل والشرب ، فإن فى الزواج قياما بحق الغير من الزوجة والولد[3] .

(ب) وقد يعرض للزواج - بالنسبة لشخص معين - الحكم بكراهته . وذلك إذا خاف الشخص وغلب على ظنه أنه يظلم من يتزوجها .

(ج) أو تعرض له الحرمة إذا ما تيقن من ذلك وتأكد .

(د) وقد يعرض للزواج الوجوب - وهو مرتبة أقل لزوما من الفرضية - وذلك إذا خاف من نفسه ارتكاب معصية الزنى إذا لم يتزوج .

(هـ) وقد يكون فرضا محتما إذا تيقن من نفسه ذلك وتأكد ، ولم يستطع كبح جماحها وعلاجها بصيام ونحوه .

---

(١) رواه البخارى ومسلم والنسائى .

(٢) التبتل : الانقطاع عن الدنيا والاعراض منها وعدم الزواج والانصراف إلى العبادات الروحية فقط .

(٣) يرى بعض الحنفية والشيعة أن الزواج فرض كفاية ، ورأيهم يلتقى مع رأى القائلين بالسنية ، لأن الزواج يكون مسنونا بالنسبة للفرد ، ويكون فرض كفاية بالنسبة للمجموع ، فيسن لكل قادر أن يتزوج ، وإذا امتنع عنه الجميع أثموا كلهم ، ولكى يسقط الاثم لابد من تحقق الزواج من بعضهم ، والا انقرض العالم الذى أراد الله بقاءه وعمارته أو عمت فيه الفاحشة (وانظر الموافقات للشاطبى ١ جـ ص ١٣٢) .

صفات الزوجة الصالحة :

٣ ـ حثت الشريعة الاسلامية على أن يكون اختيار الزوجة قائما على أساس الدين والخلق . يقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة . إذا نظر إليها سرته ، وإذا غاب عنها حفظته ، وإذا أمرها أطاعته » ويقول : « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » بين الرسول ـ فى هذا الحديث ـ أن الرجل قد يدعوه إلى الزواج بالمرأة مالها أو حسبها وجاهها أو جمالها وأخيراً دينها ، ثم أمر بجعل الاعتبار الأول للدين ، فإن المال أو الحسب أو الجمال قد يكون سببا فى عدم تحقق السعادة الزوجية . يقول الرسول : « لا تزوجوا النساء لحسنهن ، فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لأموالهن ، فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين . . . » وإذا انضم إلى الدين حسب أو مال أو جمال فيها ونعمت ، وكان للمرأة من دينها وخلقها ما يمنع المفاسد التى تجر إليها هذه الأمور(١) .

مقدمات :

٤ ـ لما كان الغرض من الزواج هو السكن النفسى وتكوين أسرة متوادة ومتراحمة ، يستقر بناؤها مدة حياة الزوجين ، وتتوالى أجيالها فى ذرية مباركة ، كان لابد لكل من الزوجين أن يكون على بينة وبصيرة من أمر من سيكون له قرينا فى حياته وفى أخص شئونه ، ومن سيكون جزءا لا يتجزأ من أولاده وذريته . ولهذا ـ ومع أن المرأة قبل الزواج أجنبية عن الرجل ، ولا يباح له النظر الناقد إليها ـ ندب له أن ينظر إليها ويتأمل إذا كان إنما ينظر لخطبة ، والرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول للمغيرة بن شعبة ـ حين خطب امرأة :

---

(١) ويستحسن بعض الفقهاء أن تكون دونه سنا لئلا يسرع إليها العقم وعدم الولادة ، وحسبا ومالا حتى تنقاد له ولا تترفع عليه ، وفوقه خلقاً وأدباً وورعا وجمالا . (الدر المختار ورد المحتار ج ٢ ص ٢٦٩) .

« انظر إليها ، فانه أحرى أن يؤدم (١) بينكما » ويقول : « إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر إليها إذا كان انما ينظر لخطبة ، وان كانت لا تعلم » .

والمواضع التى ينظر إليها هى الوجه والكفان والقدمان ، لأن الأصل فى هذا النظر هو المنع والحظر ، وقد رخص فيه الشارع للحاجة التى دعت إليه ، فتقدر بقدرها . والنظر إلى هذه المواطن الظاهرة كاف فى الحكم على المرأة رغبة فيها أو رغبة عنها ، فإن الوجه مجمع المحاسن ، وأساريره تنطق بكثير من المعانى النفسية والصحية والخلقية ، والأمر فى الكفين والقدمين مبنى على الظهور بخلاف غيرهما مما شأنه الستر والاخفاء ، يقول الله تعالى . « ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها » فلا حرج فى النظر إليهما مع الوجه ، ومعرفة حالتها الجسمية عن طريقهما ، وان كشف المرأة لأ كثر من ذلك والنظر إليها يجر إلى مفاسد ومعاص تغلب ما يمكن أن يتوهم فيها من مصلحة (٢) .

٥ - ثم انه لا يباح للخاطب أن يختلى بمخطوبته للنظر إليها ، بل لا بد من أن يكون ذلك بحضرة أحد محارمها من أب أو أخ أو عم او نحوهم ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يخلون أحدكم بامرأة إلا مع ذى رحم » .

ويستحسن أصحاب الامام الشافعى أن تتم الرؤية قبل الخطبة ، فان ملأت قلبه تقدم لخطبتها ، وان كانت الثانية لم يحدث ايذاء لشعورها ، وهذا هو الطريق الذى يسلكه أصحاب الحياء والمروءة . وفيما روى عن أحد الصحابة

---

(١) أحرى أن يؤدم بينكما : يعنى أن الزواج الذى يتم عن رغبة حقيقية بعد النظر والتروى يكون مظنة للوفاق والألفة وتحقيق السعادة .

(٢) يقول ابن رشد: وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط . ومنع ذلك قوم على الاطلاق ، وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين . والسبب فى اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا ، وورد مقيداً ، أعنى بالوجه والكفين على ماقاله كثير من العلماء فى قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها » أنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما فى الحج عند الاكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء . بداية المجتهد ج ٢ ص ٣ وانظر فى هذا : المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٤٥٣ ؛ ونيل الأوطار ج ٦ ص ٩٤ .

وهو جابر ـ رضى الله عنه ـ ما يشهد لذلك ، يقول : « خطبت جارية ـ أى فتاة ـ فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعانى إلى التزوج بها فتزوجتها » .

ويجوز للمرأة أن تنظر إلى الرجل كما جاز له النظر إليها ، لتتبين موقفها منه قبل أن تدخل فى عقدة الزواج . وإذا كانت الآثار المروية لم تتعرض لهـــذا ، فذلك لأن حياة الرجل مبنية على الظهور ، بحيث تسهل معرفة أحواله . بعكس المرأة التى شأنها الخفاء والستر .

والمنهج الذى سنته الشريعة هو الأمر الوسط الذى لا إفراط فيه ولا تفريط ، وإذا كان بعض الناس لا يسمحون برؤية ابنتهم مطلقا . ولا يتيسر لخاطبها أن يراها دون علمهم ، ثم يتم الزواج دون رؤية ، فإن مسلكهم هذا مناف للمشروع ، وهو سبب لفشل الحياة الزوجية فى بعض الأحوال ، وإذا كان البعض الآخر يسرف على نفسه وكرامته وكرامة أسرته وعرضه ، فيسمح للخاطب بالاختلاط والخلوة بمخطوبته ليلا ونهارا ، داخل البيت وخارجه ، فان سلوكهم هذا سلوك شائن ، يخالف أحكام الشريعة التى لا تجعل المرأة حلالا للرجل إلا بعد العقد عليها . وهى قبل ذلك اجنبية عنه ، ثم هو بعد ذلك يفتح عليهم أبوابا من الشرور والفضائح ، وبخاصة إذا فسخت الخطبة ولم يتم الزواج .

والزعم بأن السماح لهما بالاختلاط يقصد به تعرف كل منهما على صاحبه تعرفا كاملا قبل الزواج ـ زعم باطل(١) ، لأن كل واحد منهما يتكلف لصاحبه مدة الخطبة فى خلقه ومظهره بما ليس فيه ، حتى جرى مجرى الأمثال : كل خاطب كاذب . ولو سلمنا أن ذلك الزعم صحيح ، فانه يجب النظر إلى الجانب الآخر ، وهو ما تجره تلك الخلوة والخلطة من مضار ومفاسد محققة ليست فى حاجة إلى بيان ، ودرء المفاسد ومنعها مقدم على جلب المصالح وتحصيلها والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان » .

---

(١) وان نظرة واحدة إلى حالات الطلاق وخصوصا بين الطبقات التى تتزوج من طريق التعارف والاختلاط تدل على أن هذه الوسيلة لا تضمن وحدها سعادة الحياة الزوجية (المجتمع والمشكلات الاجتماعية للاستاذ الدكتور السيد محمد بدوى أستاذ علم الاجتماع بآداب الاسكندرية والاجدى فى التعرف على المرأة هو معرفة أخلاق أسرتها وسمعتها ، فان الناس معادن كمعادن الذهب والفضة كما أثر عن الرسول — صلى الله عليه وسلم (انظر منهاج السنة لابن تيمية جـ ٢ من ٢٦٠) .

الخطــــبة

متى تجوز ؟

٦ — الخطبة هى طلب الرجل التزوج بالمرأة[١] ويشترط لجوازها أمران :

أولا : أن تكون المرأة خالية من موانع الزواج الشرعية ، وصالحة للعقد عليها فى الحال ،فإذا كانت متزوجة لم تجز خطبتها،وكذلك وإذا كانت المرأة فى العدة أى معتدة سواء أكانت العدة لطلاق أو لوفاة، فكما يحرم الزواج ببعض النساء حرمة مؤبدة ، تحرم الخطبة أيضاً لأنها مقدمة الزواج ، وهذا أمر ظاهر ، فإذا كانت المرأة محرمة تحريما مؤقتا كزوجة الغير لم تجز خطبتها أيضاً ، لأنها لا تحل له الآن ، ولا تزال فى عصمة غيره ، وخطبته لها ايذاء لزوجها ،واعتداء على حقه ، وافساد للحياة الزوجية ، واغراء بالشقاق .

كما تحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعى ، لأنها فى حكم الزوجة . وخطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو بائن بينونة كبرى أو من وفاة ، لبقاء بعض آثار الزوجية مادامت المرأة فى العدة ، ولأن خطبتها توجد عداوة بين الخاطب ومطلقها ان كانت معتدة طلاق ، وتوجد عداوة بينه وبين أقارب المتوفى إن كانت معتدة وفاة ، كما توجد كراهية منهم للمعتدة ، وبخاصة إذا ما استجابت للخطبة ، ولأن خطبة المعتدة من طلاق قد تجر المرأة إلى أدعاء انقضاء عدتها كذبا ، فتقر بانقضائها بعد مضى أقل مدة تصدق فيها ، جريا وراء هذا الخاطب ، مع أنها فى الحقيقة لم تخرج من العدة ، والشرع يصدقها فى ذلك ، لأنه أمر لا يعلم إلا من جهتها ، وهى مؤتمنة عليه .

وتحرم الخطبة بالنسبة للمطلقة سواء أكانت صريحة مثل أن يقول لها :

---

(١) هذا هو الاعم الأغلب نظراً لأن الرجل هو الذى يتولى إنشاء الأسرة ، ونظراً لحياء المرأة وتصونها ، مع أنه قد تطلب المرأة أو أهلها الزواج بالرجل فى حدود الآداب الشرعية ومايجرى به العرف ، يدل لذلك حديث الواهبة نفسها للرسول . راجع سبل السلام ج ٢ ص ١٣٢ مطبعة الاستقامة حيث نقل استدلال بعض الفقهاء بهذا الحديث على جواز عرض المرأة نفسها على رجل من أهل الصلاح ، وقد خطب بعض الصحابة لبناتهم .

« إنى أريد أن أتزوجك » ، أم كانت تعريضاً مثل أن يقول لها : « إذا انتهت عدتك فاخبريني » ، مما يكون المقصود به الخطبة بمعونة القرائن دون أن يوجد فى الألفاظ تصريح بها [١] .

وأما المعتدة من وفاة ، فقد أبيحت خطبتها تعريضاً لاتصريحاً فى قوله تعالى : « لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم ، علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولا معروفا » وسياق الآيات يدل على أن المراد بالنساء هنا معتدات الوفاة لا غير ، لأن الآية التى قبلها تتحدث عنهن .

وإنما أبيحت الخطبة فى هذه الحالة تعريضاً ، لأن الوفاة قد أنهت الحياة الزوجية إلى غير رجعة ، وهذا يجعل الراغب فى زواج المعتدة من وفاة لا يتحرج من خطبتها ، فابيح له التعريض فقط دون التصريح ، مراعاة لحالة الحداد والحزن التى تكون فيها المعتدة ، ومراعاة لأقارب المتوفى الذين يؤذيهم التصريح بخطبتها . وهذا مذهب الحنفية ، أما جمهور الفقهاء فيرون الحاق المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى بالمعتدة من وفاة ، فاجازوا خطبتها بطريق التعريض أيضاً ؛ لأنها أصبحت محرمة على مطلقها حرمة مؤقتة ، ولم يعد له فيها مطمع الآن وقبل أن تتزوج بغيره . كما استدلوا بما روى عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثاً ، فقال لها رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : « إذا حللت فآذنينى — أى أعلميني بخروجك من العدة — فآذنته ، فخطبها معاوية [٢] وأبو جهم وأسامة

---

(١) من الخطبة بطريق التعريض ما روى عن سكينة بنت حنظلة قالت : استأذن على محمد بن على ولم تنقض عدتى من وفاة زوجى فقال : قد عرفت قرابتى من رسول الله ، وقرابتى من على ، وموضعى من العرب ، فقلت : غفر الله لك يا أبا جعفر . إنك رجل يؤخذ عنك ، وتخطبني فى عدتى ! ! قال : انما أخبرتك بقرابتى من رسول الله ومن على . ولم يشأ أن ينقل الخطبة من التعريض المباح إلى التصريح الممنوع (نيل الأوطار ج ٦ ص ٩٣) وعن ابن عباس — رضى الله عنهما — فى قوله تعالى : (فيما عرضتم) هو أن يقول : إنى أريد التزوج أو يقول وددت أن يتيسر لى امرأة صالحة (تيسير الوصول ج ١ ص ٩٩) .

(٢) قيل هو معاوية بن أبى سفيان وقيل غيره ، وفى صحيح مسلم أنه معاوية بن سفيان (نيل الأوطار ص ٩٣ ج ٦ ط الحلبى) وهذا هو الظاهر بقرينة عدم ذكر الأب اكتفاء بشهرته .

ابن زيد ، فقال لها الرسول : أما معاوية فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء — وفى رواية : لا يضع عصاه عن عاتقه (١) ، ولكن أسامة ، فإن قول الرسول لها : « إذا حللت فآذنيني » تعريض بالخطبة (٢) .

كما يرى المالكية وبعض الشافعية جواز خطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى بطريق التعريض أيضاً ، لأن الطلاق البائن قد قطع الزوجية ، ولأن الخطبة بطريق التعريض غير واضحة ولا صريحة ، فلا تعتمد عليها المرأة ولا تؤدى إلى الإقرار كذبا بانقضاء العدة .

والحق ما ذهب إليه الأحناف ، فإن الأصل فى ذلك هو التحريم ، ولم يبح النص القرآنى إلا التعريض بخطبة معتدة الوفاة ، وإن خطبة المطلقة طلاقا بائنا بنوعيه تجر إلى مفسدة الإقرار بانتهاء العدة كذبا ولو كانت الخطبة تعريضاً ، لأن القرائن تعلنها . والأمر فى معتدة الوفاة غير ذلك ، لأن عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام أو بوضع الحمل ، وكل منهما أمر ظاهر لا سبيل إلى الكذب فيه ، بخلاف عدة المطلقة ذات الحيض .

ثانياً : ألا تكون المرأة قد تمت خطبتها لغيره بالقبول ، فعن عقبة بن عامر أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قال : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه . ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى يذر » والسبب فى هذا هو ما تجر إليه خطبة المخطوبة من العداوة والبغضاء بين الخاطبين ، وكل منهما أخ للآخر كما جاء فى الحديث .

فإذا كانت الخطبة الأولى لا تزال محل بحث ونظر وتحر ، فقد اختلف الفقهاء . فذهب بعضهم إلى منع خطبة الثانى ، لأن تقدمه قد يؤدى إلى رفض الأول ، وفى هذا إيقاد لنيران العداوة بين الخاطبين ، وهو الأمر الذى نهى الرسول عن

---

(١) ومعنى الروايتين واحد إلا أن الأولى صريحة فى ضرب النساء ، والأخرى كناية عنه

(٢) ويقول المخالفون : ان هذا القول ليس تعريضاً بخطبة إذ لم يعرف الخاطب ولم تقم قرينة على ذلك .

الخطبة على الخطبة من أجله ، ويرى آخرون جواز الخطبة ، لأن مصلحة المخطوبة قد تكون فى تقدم الخاطب الثانى ، وليست مصلحة الخاطب الأول بأولى من مصلحتها ، ولم يصرح له بالركون إليه وقبوله حتى يكون فى ذلك اعتداء عليه . ويشهد لذلك قصة فاطمة بنت قيس ، فقد خطبها النبى لأسامة بن زيد بعد تقدم معاوية وأبى جهم إلى خطبتها ولم تكن قد صرحت برفضهما .

وأرى أن الخطبة فى هذه الحالة ممنوعة أيضاً ، لما تجر إليه من بذر بذور الحقد والضغينة . وليس فى ذلك ضياع لمصلحة المخطوبة ، لأن لها مطلق الحرية فى قبول الخاطب الأول ، فإن قبلته كان معنى ذلك صلاحيته وكفاءته ، وإن رفضته استطاع الثانى أن يتقدم . وأما قصة فاطمة بنت قيس فليس فيها مايدل على جواز الخطبة فى هذه الحالة ، لا حتمال أن تكون الخطبة اللاحقة عن غير علم بالخطبة السابقة ، ولأن النبى لم يخطبها لأسامة ، وإنما قدم إليها مشورته فقط ، وعلى فرض أنها خطبة ، فلعلها بعد ظهور رغبتها عنهما ، فلا تكون حجة على الجواز .

٧ — وإذا خالف الخاطب الثانى نهى الشارع ، وأقدم على الخطبة ثم الزواج ، فما الذى يترتب على ذلك ؟

اختلف الفقهاء على أقوال ثلاثة :

١ — بطلان عقد الزواج ، لمخالفة الخاطب للحديث واقدامه على مانهى عنه الشارع الذى لا يعترف بصحة ما نهى عنه ، وهذا قول الظاهرية ورواية عن الإمام مالك .

٢ — صحة العقد مع الاثم والجزاء الأخروى ، لتوفر أركان عقد الزواج وشروط صحته ، ونهى الشارع عن الخطبة لا يستلزم بطلان عقد الزواج الذى توافرت له مقوماته ، وإنما يترتب على مخالفته اثم الخاطب ديانة فقط . وهذا قول جمهور الفقهاء ورواية عن الإمام مالك .

٣ — فساد العقد ووجوب فسخه مالم يحصل دخول ، أما فساده وفسخه

قبل الدخول فلنهى الشارع عنه ، وأما السكوت عنه بعد الدخول ،فلتأكد العقد والبدء فى تنفيذه وترتب الآثار عليه . وهذا قول الإمام مالك فى رواية عنه .

قراءة الفاتحة وتقديم الهدايا والمهور :

٨ — ومن مقدمات الزواج أيضاً قراءة الفاتحه تأكيدا للخطبة ، وتقديم الهدايا للدلالة على قوة الرغبة والمودة ، وقد يسارع بعض الناس فيعطى المهر للخطيبة أو أهلها ، كل ذلك قبل أن يتم عقد الزواج ، ولكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عن خطبته التى لم تكن زواجا بل وعدا بالزواج .

العدول عن الخطبة وآثاره :

٩ — إذا عدل أحد الخطيبين عن وعده للآخر باتمام عقد الزواج ، فلا يلزم باتمامه ، إذ الالزام فى هذه الحالة يلحق ضرراً بالزوجين وبالمجتمع ، وقد اتفقت على ذلك آراء رجال الشريعة والقانون ، ويبقى بعد ذلك النظر فى الأضرار التى تترتب على فسخ الخطبة والتعويض عنها ، فإن الشخص المتروك قد تلحقه أضرار أدبية لمجرد العدول أحياناً ، ولما يدعيه الخاطب التارك من أسباب لعدوله عن خطبته فى أحيان أخرى ، وقد تلحقه أضرار مادية لدخوله فى التزامات بسبب هذه الخطبة ، مثل أن تشترى الخطيبة بعض جهازها أو كله .

وقد اختلفت أنظار رجال القضاء فى ذلك :

(١) فرأى بعضهم أن الخطبة عقد يلتزم به كل من الطرفين باجراء العقد النهائى فى موعده ، وأنه إذا كان لا سبيل إلى إلزام الخاطب باتمام العقد ، فإن عدوله عن الوفاء بالتزامه ووعده يوجب الحكم عليه بالتعويض ، وليس فى الحكم بالتعويض ما يمس حرية الزواج مطلقاً ، فلكل من الطرفين العدول ، ولكن إذا حصل ذلك فى تهور وعنف ، أو كان العدول لغير مسوغ مشروع ولمجرد الهوى والطيش ، وجب الحكم بالتعويض رداً لكرامة المعدول عنه ، ويعبر بعضهم تعبيراً آخر فيبين أن الإلزام بالتعويض يستند إلى إساءة استعمال

الحق ، فإن الحق فى العدول « لا يبرر استعماله لغير الغرض الذى شرع من أجله ، وفى ذلك اضرار بالغير وبغى على الاعراض ، فلم تقرر الشرائع الحقوق متعا للأفراد يلهون بها ويعبثون، وإنما قررتها وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نظامية سامية ، وبقدر تحقيق تلك الأغراض تكون حمايتها لتلك الحقوق .

(٢) ورأى بعضهم أن العدول عن الخطبة أمر مباح ، ولا يترتب على عمل المباح عقوبة ، وفى الإلزام بالتعويض عقوبة . وإذا كانت الشريعة تلزم من يطلق زوجته قبل الدخول بنصف المهر ، فلأن الزواج خطوة أبعد أثراً من الخطبة ، والطرف الآخر على علم بحق العدول ، فإذا كان قد أصابه ضرر فمن تقصيره ، حيث ركن إلى مجرد الوعد ولم يحسم الأمر بانشاء العقد .

(٣) ورأى فريق ثالث أن مجرد العدول لايستوجب تعويضاً، وإنما يكون ذلك التعويض عما يصاحب العدول من أعمال أخرى : كأن يكون قد طالبها بالاستقالة من وظيفتها فاستقالت ، أو طالبها بشراء جهاز معين فاشترته ، أو نسب إليها أموراً تمس كرامتها وسمعتها ، وقد يكون من ذلك العدول عن الخطبة من غير سبب بعد أن علقها فى انتظار إتمام الزواج زمنا طويلا ، وتعبر عن هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية فتقول : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، وخصوصا أنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شأن المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبارهما مجرد وعد فعدول — قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هى فى حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض » .

ونرى من هذا أن الرأيين الأخيرين متفقان على عدم التعويض لمجرد العدول ، ولا يسأل الخاطب عن أسباب عدوله ، لأنها من المسائل الشخصية المحض ، بعكس الرأى الأول الذى يلزم من عدل بالتعويض إلا إذا أثبت أن عدوله بسبب مشروع .

والحق أن التفصيل الذى انتهى إليه الرأى الثالث هو الصواب ، ويمكن أن تتلاقى عنده الآراء ، وهو ما استقر عليه رأى القضاء .

١٠ — ويبقى بعد ذلك الكلام فى مصير ما يكون قد قدم من مهر وهدايا .

أما المهر فإن من حق الخاطب استرداده واسترجاعه ، لأنه قد قدم على أنه المهر الواجب فى عقد الزواج الذى سيتم ، وقد حال العدول عن إتمامه ، فوجب إعادته إليه إن كان قائماً ورد مثله أو قيمته إن كان قد هلك أو استهلك (١) .

وأما الهدايا فيجب عند الحنفية ردها أيضاً لأنها هبة ، والهبة يجوز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من ذلك (٢) ، فإذا كانت الهدية خاتماً أو ساعة أو قماشاً أو طعاماً أعيد إلى الخاطب مادام موجوداً ، فإن كان الخاتم قد ضاع أو كان القماش

(١) وقد نص فى المادة الثانية من مشروع قانون الأحوال الشخصية « فى عهد الوحدة بين مصر وسوريا » على أنه :
(أ) — إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب أن يسترد المهر الذى أداه أو قيمته يوم القبض إن تعذر رد عينه .
(ب) ويعتبر من المهر الهدايا التى جرى العرف باعتبارها منه .
ولم تغير لجنة المراجعة — التى شكلت فى مصر فيما بعد — شيئاً من هذه الأحكام .
وقد ذكرت المذكرة الايضاحية الأولى أنها ان اشترت بمقدار المهر أو بعضه جهازا ، فهى بالخيار بين إعادة المهر أو تسليم مايساويه من الجهاز وقت الشراء ، لأنها لاتضمن الانتفاع على الوجه الصحيح بما اشترته من أعيان الجهاز — وبينت أن مأخذ هذا الحكم هو فقه الحنفية فى قاعدة التسليط « الدر المختار ج ٥ ص ٩٢ » . وفقه مالك « بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١ » .

(٢) موانع الرجوع فى الهبة عندهم سبعة : الزيادة المتصلة ، موت احد العاقدين ، التعويض عنها ، خروج الموهوب من ملك الموهوب له ، الزوجية ، القرابة المحرمية ، هلاك الموهوب (ابن عابدين ج ٤ ص ٥٣٨) .

قد خيط ثوبا أو كان الطعام قد أكل ، لم يكن له استرداد مثله أو قيمته ، لأن هلاك الموهوب أو استهلاكه يمنع من الرجوع فى الهبة عندهم .

ويرى الشافعية وجوب رد الهدية بذاتها إن كانت قائمة ، وبمثلها أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة ، لأن الدافع إلى الاهداء كان هو الزواج المرتقب ولم يوجد ، فكان له الحق فى استعادتها أو استعادة عوضها .

أما الإمام مالك فإن الأصل فى مذهبه عدم جواز الرجوع ، ولكن المفتى به فى المذهب هو التفريق العادل بين ما إذا كان صاحب الهدايا هو الذى فسخ الخطبة ، فلا يكون له الحق فى استردادها ، لأنه المتسبب فى عدم إتمام العقد ، ولئلا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول عنه وأخذ الهدايا منه ، وبين ما إذا كان الطرف المهدى إليه هو الذى عدل عن الخطبة ، فإن المهدى استرداد الهدايا بنفسها أو بعوضها لأنه لم يتسبب فى فسخ الخطبة ، ولئلا يجمع عليه أيضاً ألم العدول عنه وألم ضياع أمواله دون مقابل ، وذلك إذا لم يكن هناك شرط أو عرف يخالف هذه الأحكام فيعمل به [1] .

---

(١) وقد اخذت بعض مشروعات القوانين فى مصر بالمفتى به فى المذهب المالكى ، حيث نص فى مشروع قانون تعديل أحكام الأحوال الشخصية سنة ١٩١٥ على أنه : « إذا كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه ولا أن يرجع بشىء مما أنفقه ، وان كان من جهة المخطوبة فللخاطب أن يرجع بما أنفقه ، وأن يسترد الهدية ان كانت قائمة أو قيمتها أن استهلكت أو هلكت مالم يكن شرط أو عرف بغير ذلك فيتبع » . كما نص مشروع قانون الأحوال الشخصية (فى عهد الوحدة بين مصر وسوريا) فى مادته الثالثة على أنه : إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض فلا حق له فى استرداد شىء مما أهداه للاخر . وإن كان العدول بمقتض فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا ، وذلك كله ما لم يكن هناك شرط أو عرف بغير ذلك . وفى مادته الرابعة على أنه :

(ا) إذا انتهت الخطبة بعدول كل من الطرفين فإن كان بسبب من أحدهما اعتبر عدولا بمقتض، وإلا استرد كل منهما ما أهداه للاخر إن كان قائماً .

(ب) وإذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شىء من الهدايا» .

وبينت المذكرة الإيضاحية أن الأوفق والأرفق هو هذا الحكم الذى جرى به العرف ، وان سنده هو القول الأوجه فى فقه المالكية « الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٢ ص ١٩٥ ـ ١٩٦ » ولم تغير لجنة المراجعة شيئاً من هذه الأحكام ، وبينت أنها تخيرت أحكامها مما جاء بمذاهب الأئمة مالك والشافعى وأحمد فى الهبات التى تكون لغرض من الأغراض ولم يتم ، كما بينت أن بعض الهدايا جرى العرف باعتبارها من المهر وتأخذ حكمه ، وذلك مثل الهدية المعروفة باسم « الشبكة » .

أركان عقد الزواج

١١ — الزواج عقد بين الرجل والمرأة ، لإنشاء أسرة : تحصينا وسكنا للنفس ، وطلبا للنسل ، وتعاونا فى الحياة (١) .

وركناه — كغيره من العقود — الايجاب والقبول .

والايجاب ما صدر أولا سواء أكان من جانب الرجل أم كان من جانب المرأة ، والقبول ما صدر ثانياً : فلو قال رجل لامرأة : زوجتك نفسى ؛ فقالت : قبلت أو رضيت ، كان قول الرجل إيجابا وقولها قبولا ، ولو ابتدأت المرأة فقالت للرجل : زوجتك نفسى ، فقال الرجل : وافقت ، كان كلام المرأة إيجابا ، وكلام الرجل قبولا (٢) .

ولكى يكون الايجاب والقبول دالين على الارتباط بين العاقدين ، لا بد من توافر شروط فى كل منهما ، وفى العاقدين اللذين يصدرانهما ، وفى المحل الذى يقع عليه العقد وتظهر فيه آثاره . والمرأة — فى عقد الزواج — لها اعتباران: فهى باعتبارها طرفا فى العقد تدخل فى العاقدين وبالنظر إلى أن آثار العقد يظهر فيها بصورة أوضح وأقوى من الرجل تعتبر محلا للعقد (٣) .

فإذا توافرت هذه الشروط كان العقد موجوداً ، أو بعبارة أخرى منعقداً ، وإذا تخلفت كلها أو بعضها ، لم يوجد العقد أى لم ينعقد .

---

(١) عرفه الفقهاء قديما بتعريفات تدور حول ملك المتعة ، ومن ذلك تعريفه بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصداً . ولأن مقصود الزواج أعم من ذلك وأتم عرفته بهذا التعريف ، وقد عرفه مشروع القانون الموحد فى مادته الأولى بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً ، لإنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل .

(٢) ويرى بعض الفقهاء أن عبارة المرأة هى الإيجاب ، يستوى فى ذلك أن تصدر أولا أو آخراً ، لأنها هى التى تملك الرجل حق المعاشرة الزوجية ، أما الرجل فيتملك ذلك ، فتكون عبارته قبولا .

(٣) وإنما كانت المرأة لا الرجل محل العقد مع أن العشرة الزوجية مشتركة بينهما ، لظهور أثر العقد فيها بصورة أوضح وأقوى ، حيث يملك الرجل وحده ودون غيره معاشرتها كزوجة ، أما هى فلا تملك ذلك ، وإنما تحل لها تلك المعاشرة فقط دون أن تملكها وتنفرد بها ، بدلالة حل تزوجه بأخرى ومعاشرته لهما معها ، وحرمة تزوجها ومعاشرتها لغيره معه .

شروط انعقاده

في العاقدين :

١٢ — يشترط لانعقاد الزواج :

أولا — أن يكون العاقدان مميزين ، فلو كانا أو كان أحدهما فاقد العقل وهو المجنون والمعتوه غير المميز والصبي غير المميز — لم ينعقد العقد ، لأن عديم الأهلية لا عبارة له ولا قصد .

أما ناقص الأهلية وهو الصبي المميز والمعتوه المميز ، فيجوز له إنشاء عقد زواجه ، لأن له عبارة وقصداً ، ويكون زواجه منعقداً ، ويتوقف نفاذه على اجازة وليه ، نظراً لنقص أهليته ، بخلاف كامل الأهلية ، فإن عبارته تنشىء عقد زواجه نافذا .

والسفيه كامل الأهلية فى عقد الزواج ، لأن الحجر عليه يكون فى التصرفات المالية ، وليس الزواج منها .

ثانياً — أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهم مراده ، فلو كان أحدهما أو كلاهما أصم أو كان يتكلم بلغة لا يعرفها الآخر ، لم ينعقد العقد ، ولا يلزم فى ذلك أن يكون فهم الكلام فهما مستوعبا لجميع الألفاظ ، بل يكفى أن يعرف أن هذا اللفظ مقصود به إنشاء عقد الزواج .

في الإيجاب والقبول :

من جهة صيغتهما وهيئتهما اللفظية :

١٣ — ويشترط أن يكون اللفظ المعبر عن الايجاب والقبول دالا على إنشاء العقد فعلا . والأصل فى هذا هو الفعل الماضى ، لدلالته على تحقيق معناه وحصوله فعلا ، فينعقد بنحو زوجت وتزوجت إيجابا ، ورضيت ووافقت قبولا .

وقد يكون كل من الايجاب والقبول أو أحدهما جملة اسمية ـ وهي تدل على الثبوت ،مثل أن يقول الرجل للمرأة : أنا زوجك ، فتجيبه قائلة : وانا زوجتك او قبلت الزواج بك .

وقد يكون الايجاب بصيغة الأمر — مع أنها تدل على طلب حصول الفعل فى المستقبل — والقبول بصيغة الماضى ، كأن يقول الرجل للمرأة زوجينى نفسك ، فتقول : زوجتك نفسى ، أو يكون الايجاب بصيغة المضارع ـ مع أنه يدل على الحصول فى الحال أو الاستقبال — والقبول بصيغة الماضى ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك ، فتقول هى : قبلت ، إذا قامت القرائن على أن المقصود بالأمر وبالمضارع هو إنشاء العقد فى الحال لا عرض الرغبة فيه أو الوعد بإنشائه او طلب الوعد به ، وذلك مثل ان يدعى الناس والشهود لحضور العقد والشهادة عليه ، فان ذلك قرينة على ان المقصود بالصيغة هنا هو إنشاء العقد فى الحال لا فى الاستقبال ، فبانضمام القرائن صلحت هذه الألفاظ لانشاء العقد . أما لو قال لها : سأتزوجك ، فقالت : أقبل ، لم ينعقد العقد ، لأن الصيغة صريحة فى الوعد بالزواج لا فى إنشائه الآن .

من جهة ألفاظها :

١٤ — كما يشترط ان يكون الايجاب بلفظ النكاح أو الزواج وما يشتق أى يؤخذ منهما ـ وهذا هو الأصل ـ أو بلفظ يدل على تمليك العين فى الحال : كألفاظ الهبة والتمليك والجعل : (وهبت لك نفسى ، ملكتك نفسى ، جعلت لك نفسى) ويكون المقصود بها هو المعنى المجازى وهو الزواج الذى يفيد تمليك الرجل حق المعاشرة الزوجية ، ويكون فى التعبير بهذه الألفاظ ـ أن حدث ولا يكاد يحدث ـ دلالة على قوة الرغبة فى إنشاء العقد .

والألفاظ فى ذلك قسمان :

أولهما ـ ألفاظ ينعقد بها الزواج باتفاق علماء الأحناف وهى الألفاظ الثلاثة السابقة وما فى حكمها ، وذلك لأن لفظى الهبة والتمليك قد وردا على لسان الشرع مقصوداً بهما المعنى المجازى وهو الزواج .

يقول الله تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى » يعنى زوجت .

ويقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ للرجل الذى طلب الزواج من امرأة :

« ملكتكها بما معك من القرآن »[1] يقصد به تزويجها له . واللفظ الآخر فى معناهما فيأخذ حكمهما .

ثانيهما ـ ألفاظ ينعقد بها الزواج ـ فى القول الراجح ـ وذلك لفظ البيع والشراء ، كأن تقول المرأة للرجل : بعت لك نفسى ، أو يقول الرجل : اشتريتك لنفسى ، لوجود القرينة الدالة على أن المقصود بهما ليس هو المعنى الحقيقى الذى لا يقبله محل العقد ، بل المعنى المجازى وهو الزواج ، ويكون التعبير بهذه الألفاظ ـ ان حدث ولا يكاد يحدث ـ للدلالة على كمال الرغبة والوفاق .

هذا بالنسبة للإيجاب . وأما القبول فلا يشترط فيه لفظ خاص بل يتحقق بكل ما يدل على الرضا والموافقة ، مثل : قبلت ، ورضيت ، ووافقت ، وأمضيت .

١٥ — وكما ينعقد الزواج بهذه الألفاظ العربية الفصيحة ينعقد فى المذهب الحنفى بالألفاظ العامية مثل : جوزتك نفسى ، وبالألفاظ الدالة على إنشاء الزواج من اللغات غير العربية ولو كان المتكلم قادراً على الكلام بالعربية ، لأن المقصود هو المعانى لا الألفاظ ، والعقود لا تتقيد بلغة خاصة .

ويرى الامامان : الشافعى وأحمد عدم انعقاد الزواج إلا بلفظى النكاح والتزويج ومشتقاتهما فقط ، كما لا ينعقد الزواج باللفظ غير العربى لمن كان قادرا عليه ، وحجتهما فى ذلك أن هذين اللفظين هما اللذان وضعا فى اللغة العربية لمعنى الزواج ، ووردا على لسان الشرع فى التعبير عنه ، وهو عقد له اعتبار دينى ، وفيه معنى العبادة والتقرب إلى الله تعالى ، فيقتصر فى التعبير عنه على ما ورد فى لسان الشرع ، ولأن ألفاظ الهبة والتمليك ونحوهما ليست صريحة فى معنى الزواج الذى

(١) يقول المخالفون : إن هذا الخبر روى زوجتكها ، وأنكحتكها ، وزوجناكها ، من طرق صحيحة ، والقصة واحدة ، فالظاهر أن الراوى روى الحديث بالمعنى ظناً منه أن معنى هذه الألفاظ متحد ، فلا تكون حجة .

يشترط لصحته حضور الشهود ، وهى لا تستعمل فيه إلا بالنية وهى خافية على الشهود .

والحق ماذهب إليه الأحناف ، لما ذكرنا من ورود لفظى الهبة والتمليك فى لسان الشرع أيضاً ، فيكون ذلك أصلا فى انعقاد الزواج بالألفاظ المجازية .

وما فى الزواج من معنى القربة والطاعة لا يستلزم انعقاده بألفاظ خاصة ، فان الصدقة والعتق أدخل فى معنى العبادة منه ، ولم يشترط فيها لفظ خاص . أما خفاء النية على الشهود فغير مسلم ، لوجود القرائن التى تدل عليها .

اتحاد مجلس الايجاب والقبول :

١٦ — ويشترط أيضاً لانعقاد العقد اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، ليتحقق الارتباط بينهما ، فإذا صدر الايجاب فى مجلس ، ثم صدر القبول بعد ذلك فى مجلس آخر ، لم يرتبط القبول بالايجاب ، لسقوطه بانفضاض المجلس ، أما إذا صدر الايجاب والقبول فى مجلس واحد فإن العقد ينعقد ، لاتصال القبول بالايجاب .

وليس المراد بذلك أن يصدر القبول فور الايجاب ، بل المقصود ألا يوجد فاصل بينهما يدل على الاعراض من الموجب أو القابل ، فإذا لم يحدث هذا الفاصل وتم القبول ارتبط بالايجاب . والأصل فى ذلك أن الايجاب ألفاظ تنتهى بمجرد التلفظ بها ولا تكون موجودة ، وقد اعتبرت ـ فى العرف ـ باقية حكما مدة بقاء المجلس ، حتى يكون للطرف الآخر فرصة النظر والتروى فى قبول الايجاب ، فإذا انفض المجلس أو حدث إعراض زال هذا الاعتبار .

وليس المراد بالمجلس مكان وجود المتعاقدين — كما فهم بعض الفقهاء — بل المراد المجلس الاعتبارى للإيجاب والقبول ، وهو قائم ما لم يوجد ما يدل على الرجوع فى الايجاب أو على سقوطه أو رفضه .

موافقة القبول للايجاب :

١٧ — ويشترط للانعقاد أيضاً موافقة القبول للايجاب موافقة صريحة أو ضمنية ، فإذا قال رجل لآخر : زوجتك بنتى فلانة ، فقبل الآخر زواج بنته علانة ، وإذا قال : زوجتك بنتى فلانة بمهر مقداره مائة جنيه ، فقال الآخر قبلت زواجها بمهر مقداره عشرون أردبا من القمح ، وإذا قال: زوجتك بنتى بمهر مقداره مائةجنيه،فقال الآخر: قبلت زواجها بمهر مقداره خمسون،وإذا قال الرجل : تزوجت بنتك بمهر مقداره خمسون جنيها ، فقال الآخر : قبلت بمائة ، لم ينعقد العقد فى جميع هذه الصور ، لمخالفة القبول للإيجاب فى محل العقد فى الصورة الأولى ، وفى جنس المهر فى الصورة الثانية ، وفى مقداره فى باقى الصور .

أما إذا قال الرجل للمرأة : تزوجتك بمهر هو مائتا جنيه ، فقالت : قبلت بمائة ، أو قالت له : زوجتك نفسى بمهر هو مائة جنيه ، فقال لها : قبلت بمائتين ، فان العقد ينعقد لوجود الموافقة بين الايجاب والقبول ضمنا ، بل ان الموافقة فى هاتين الصورتين أوضح وأظهر .

ثم إن المهر يكون مائة الجنيه فى الصورة الأولى ، لأن المرأة تعتبر قدأسقطت عنه مائة ، والاسقاط لا يتوقف على قبول الطرف الآخر ، ويكون مائة جنيه فى الصورة الثانية أيضاً ، لأنها هى التى حصل عليها الاتفاق بين الايجاب والقبول ، ولا تجب المائة الثانية إلا إذا قبلتها الزوجة فى مجلس العقد ، لأن هذا تمليك لها من الزوج فيتوقف على قبولها ، إذ لا شىء يدخل فى ملك الإنسان جبرا عنه إلا الميراث .

التنجيز :

١٨ — كما يشترط أن يكون كل من الايجاب والقبول منجزا أى غير معلق على شرط فى المستقبل ، سواء أكان الشرط محقق الوجود فى المستقبل أو كان

محتمل الوجود، وأن يكون غير مضاف إلى زمان ،فاذا قالت له : زوجتك نفسى إن عينت فى وظيفة كذا ، فقال : قبلت ، وإذا قالت له : زوجتك نفسى إذا جاء العام المقبل ، فقال : قبلت ، وإذا قالت له : زوجتك نفسى فقال : قبلت إن استقلت من الوظيفة ، لم ينعقد العقد ، لأن عقد الزواج - كغيره من عقود التمليك - لا يقبل التعليق على أمر غير موجود ، ويجب أن يكون باتا .

وإذا قالت له : تزوجتك ابتداء من أول المحرم المقبل ، لم ينعقد العقد أيضاً ، لأن الزواج قد شرع بحيث تترتب عليه آثاره فى الحال،وقد قصدا ترتيب آثاره فى الزمن المقبل ، فلا ينعقد العقد بهذه الصيغة التى أضيفت إلى الزمان المستقبل .

أما إذا حصل التعليق على أمر قد حدث فى الماضى ، أو تحقق حصوله فى الحال ، فان العقد ينعقد ، لأن هذا تعليق فى الصورة واللفظ فقط ، وهو فى الحقيقة تنجيز ، لوجود المعلق عليه فعلا ، كما إذا قال لها : تزوجتك ان كانت سنك قد بلغت السادسة عشرة ، فقالت قبلت ، وكان عمرها حينئذ قد بلغ هذه السن ، وكما إذا قال لها : تزوجتك ، فقالت :قبلت ان رضى أبى ، وكان أبوها حاضراً ، فقبل فى المجلس . وعلى ذلك يكون الممنوع هو التعليق على شرط يتأخر حصوله عن مجلس العقد .

التأبيـــد :

١٩ — ويشترط ألا تكون الصيغة دالة على التأقيت . فاذا قال رجل لامرأة : أستمتع بك مدة سنة أو تزوجتك سنة أو مدة إقامتى فى هذا البلد أوأى مدة طالت أم قصرت[1] فقالت : قبلت ، لم ينعقد القعد . لأن الزواج شرع على سبيل الدوام والبقاء لبناء الأسرة المستقرة ورعاية الأولاد ، فلا ينعقد بما يدل على التأقيت المنافى للتأييد .

---

(١) روى الحسن عن أبى حنيفة أنه إذا ذكر فى عقد الزواج مدة لا يعيش مثلهما إليها ، صح النكاح ، لأنه فى معنى المؤبد ، كما إذا قال لها: تزوجتك مائتى سنة ، والراجح البطلان فى هذا أيضاً لتأقيت الصيغة .

ويشتهر على لسان الفقهاء نوعان من الزواج غير المؤبد، هما الزواج المؤقت، وزواج المتعة .

زواج المتعـــة :

٢٠ — أما زواج المتعة فيكون بلفظ التمتع أو الاستمتاع ونحوهما . مثل ان يقول الرجل للمرأة : اتمتع بك مدة شهر بعشرين جنيها ، فتقول : قبلت . وهو زواج باطل باتفاق جمهور المسلمين [١] . ولم يخالف فى ذلك إلا الشيعة الإمامية الاثنا عشرية [٢] التى ذهبت إلى اباحته . واستندت فى ذلك إلى ماروى من اباحته فى الصدر الأول للاسلام مع عدم وجود ما يدل على نسخه . وإلى ظاهر قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة » . حيث أوجبت الآية اعطاء مال للمرأة نظير الاستمتاع بها وسمت ذلك اجرا .

---

(١) وقد اختلف الفقهاء فى عقوبة من يقترفه ، فذهب بعضهم إلى حده حد الزنى، ورأى بعضهم تعزيره ، ويشهد لوجوب الحد قول ابن عمر : « والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن ألا رجمته بالحجارة » .

(٢) وحقيقة المتعة — كما فى كتب الإمامية — هى النكاح المؤقت بأمد معلوم ، أو مجهول وغايته إلى خمسة وأربعين يوماً ، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت فى المنقطعة الحيض، وبحيضتين فى الحائض،وبأربعة أشهر وعشر فى المتوفى عنها زوجها، وحكمه ألا يثبت لها مهر غير المشروط ، ولا تثبت لها نفقـة ولا توارث ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر ، ولا يثبت به نسب إلا أن يشترط ، وتحرم المصاهرة بسببه (سبل السلام ج ٣ ص ١٣٩ ط الاستقامة) ، والشيعة الامامية تستعمل المتعة الآن ، وأكثر ماتستعملها فى الأسفار ونحوها ، وبعضهم يتعصب لها ويراها قربة ، ويروى فى ذلك قول أحد أئمتهم « ليس منا من لم يستحل متعتنا » ويقول الأسنوى : أخبرنى بعض من أثق به أن قاضى المدينة أخبره أن بالمدينـة مكانا موقوفاً على نكاح المتعة ومستحماً موقوفاً على الاغتسال منها (نهاية السول فى شرح منهاج الأصول ج ٢ ص ٩٠٦) وقد روى الكافى أن الباقر سئل عن المتعة . فقال : أحلها الله فى كتابه وسنة نبيه ، فهى حلال الى يوم القيامة،ولم ينته عن المناقشة بينـه وبين السائل إلا حين قال له : أيسرك أن نساءك وبناتك وأخواتك وبنات عمـك يفعلن ذلك ؟ (ضحى الإسلام للاستاذ الدكتور أحمد أمين ج ١ ص ٢٥٩)،ويقول الإمام الأكبر الشيخ شلتوت: أن الرأيين فى زواج المتعة لايمكن أن يوضعا فى ميزان واحد ، فضلا عن تساوى كفتيهما . . وان الشريعة التى تبيح للمرأة أن تتزوج فى السنة الواحدة أحد عشر رجلا ، وتبيـح للرجل ان يتزوج كل يوم ما يمكن من النساء دون تحميله شيئاً من تبعات الزواج ، ان شريعة تبيح هذا لا يمكن أن تكون هى شريعة الله رب العالمين ، ولا شريعة الإحصان والإعفاف (الفتاوى ص ٢٥٠) .

والاستمتاع بالمراة غير الزواج بها ، والأجر غير المهر ، فيكون فى هذا دليل على اباحة المتعة ، وقد كان ابن عباس يفتى بجوازها لذلك .

أما جمهور الفقهاء فيستدلون على بطلانه بقوله تعالى فى أوصاف المؤمنين : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على ازواجهم . . » والمتمتع بها ليست زوجة باتفاق فقهاء المسلمين حتى الشيعة انفسهم ، فانهم مع قولهم باباحة المتعة لايعطون المراة حقوق الزوجة فى النفقة والميراث

وما ذكره الشيعة من اباحة المتعة فى الزمن الأول للاسلام ، إنما كان مرحلة من مراحل التشريع لضرورات قاهرة ، كما حدث فى بعض الغزوات حينما اشتدت على المسلمين العزوبة والبعد عن النساء ، وكان - فى منعهم منها فى ذلك الوقت — وبخاصة الجند المحاربين — تضييق واعنات لهم ، لقرب عهدهم بالجاهلية التى كانت تبيح لهم متعة النساء ، والتدرج فى التشريع قاعدة من القواعد التى بنى عليها التشريع الإسلامى ، كما حدث فى تحريم الخمر ، وبعد ان قويت عزيمة المسلمين وبدأت انتصاراتهم لتكوين دولتهم . حرم النبى — صلى الله عليه وسلم — المتعة بالنساء تحريما قاطعا مؤبداً ، وكان من ذلك قوله يوم الفتح — فتح مكة — « يأيها الناس . انى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع بالنساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة . فمن كان عنده منهن شيء . فليخل سبيله . ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا » وقد ورد عنه -صلى الله عليه وسلم النهى عنها ست مرات فى ست مناسبات ليتأكد التحريم ويظهر أمره للمسلمين .

وأما الآية التى استدلوا بها ، فليست فى المتعة بل فى الزواج الدائم بدليل أن ماقبلها وما بعدها من الآيات فيه ، والتعبير فى الآية بالاستمتاع لا يراد به متعة الاماميه ، بل الاستمتاع بالزوجة الشرعية . كما أن الأجور فى هذه الآية هى المهور وقد عبر القرآن عن المهر بالأجر على سبيل المجاز كما جاء فى قوله تعالى: «فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف » وقوله تعالى : « . . . إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان » .

وأما ما روى عن ابن عباس فغير مسلم أيضاً . فقد ثبت أنه قد رجع عنه بعد مناقشات بينه وبين سائر الصحابة، الذين كانوا يرون التحريم الشامل لجميع الأحوال بينما كان يرى ابن عباس أن التحريم ليس شاملا لحالة الاضطرار التى تباح فيها المتعة للضرورة ، كما يباح الخمر والخنزير للضرورة أيضاً . ولما علم ابن عباس أن الناس قد توسعوا فى المتعة فى حال الضرورة وغيرها اغتراراً بفتواه الأولى . وقيل له : أنها فتياك التى سارت بها الركبان . قال : سبحان الله . ما بهذا أفتيت وما هى إلا كالميتة لاتحل إلا للمضطر . هذا هو رأيه الأول وقد رجع عنه إلى رأى الجماعة روى محمد بن كعب عن ابن عباس قال : إنما كانت المتعة فى أول الاسلام . كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة . فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح له شأنه ، حتى نزلت هذه الآية : « . . . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » قال ابن عباس : «كل فرج سواهما حرام (١) .

الزواج المؤقت :

٢١ — والزواج المؤقت يكون بلفظ النكاح أو الزواج أو غيرهما من الألفاظ الصالحة لانشاء عقد الزواج . ويتم بحضور الشهود إلا أن الصيغة فيه تكون دالة على التأقيت . ولهذا كان فى معنى زواج المتعة ، وكان باطلا عند جمهور الفقهاء . وقد خالف زفر من أئمة الحنفية فى ذلك . وقال : ان الزواج المؤقت مستوف لأركانه وشروطه . وقد اقترن به شرط باطل وهو التأقيت . فيكون الزواج صحيحا ومؤبدا ويبطل الشرط . وإنما صح الزواج وبطل شرط التأقيت ، لأن من المقرر أن الزواج لايبطل بالشروط الفاسدة، كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك على أن أطلقك بعد سنة . وقالت : قبلت . فان الزواج يصح ويبطل الشرط باتفاق أئمة المذهب الحنفى . ولا فرق عند زفر بين قوله هذا وقوله : تزوجتك مدة سنة . فالمعنى فيهما واحد .

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٤ ،وقد جاء فيه أيضاً أن جعفراً الصادق من أئمة الإمامية كان يقول بتحريم المتعة حيث نقل البيهقى عنه أنه سئل عن المتعة فقال : هى الزنى بعينه ص ١١٦ .

والفرق بين الصيغتين عند باقى أئمة المذهب أن التاقيت فى قوله : « تزوجتك مدة سنة » جزء من الايجاب . حيث جعل الزمن ظرفا لقوله : تزوجتك . فالتأقيت فى الصيغة نفسها . فيبطلها ، أما قوله : « تزوجتك على أن أطلقك بعد سنة » فقد وردت فيه الصيغة مطلقة عن الزمان « تزوجتك » واقترن بها شرط « الطلاق بعد سنة » فصح العقد وبطل الشرط .

شروط المعقود عليه :

٢٢ — ويشترط لانعقاد الزواج أن يكون محل العقد قابلا لحكمه وأثره . وذلك بأمرين :

(١) ان يكون المعقود عليها أنثى محققة الأنوثة . فلاينعقد الزواج بالذكر ولا بالخنثى الذى لم يتبين كونه ذكراً او انثى .

(٢) ألا يقوم دليل قطعى على تحريم المعقود عليها . فإذا قام دليل قطعى على التحريم باتفاق الفقهاء ولم تكن هناك شبهة ولا خفاء فى هذا التحريم ، لم ينعقد العقد . وذلك كالعقد على الأم والبنت والأخت والعمة ، فإنه يكون باطلا ، أما إذا كان الدليل القائم على التحريم ظنيا . أو كان فى تحريم المراة خفاء وشبهة ، أو كان تحريمها محل خلاف بين العلماء ، أو كان هناك جهل بسبب الحرمة ، فإن الزواج ينعقد ولايكون باطلا ، لعدم القطع بالتحريم . بل يكون فاسداً . وفرق بين البطلان والفساد كما سيأتى . وذلك كتزوج الرجل بأخت مطلقته التى لاتزال فى عدته من طلاق بائن . والجمع بين العمة وبنت أخيها . وتزوج الأخت رضاعا مع الجهل بالرضاع .

شروط صحة الزواج

٢٣ — إذا توافرت الشروط السابقة التى تتعلق بصيغة العقد وبالعاقدين وبالمعقود عليه . والتى هى أركان عقد الزواج ودعائمه ، كان العقد موجوداً . ولكنه لا يكون صحيحا أى صالحا لترتيب الآثار الشرعية إلا بالاشهاد عليه . وهذا شرط اختص به عقدالزواج دون غيره من العقود ، حتى يظهر أمره ويعلن

بين الناس ، ليكون هناك تفرقة واضحة بين الحلال والحرام ، والنكاح والسفاح . ولهذا ندب الشارع جمع الناس . وإقامة الولائم ، وضرب الدفوف لعقد الزواج . ويروى فى ذلك عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قوله لعبد الرحمن ابن عوف حينما تزوج : (أولم ولو بشاة) وقوله : (أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه فى المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف . وليو لم أحدكم ولو بشاة) (١) وقوله : « فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت فى النكاح » .

٢٤ — والشهادة فى عقد الزواج شرط لصحته عند الجمهور ، لقوله - صلى الله عليه وسلم -: « لا نكاح إلا بشهود » غير أن الامام مالكا — فى المشهور عنه — لا يوجب أن تكون الشهادة وقت العقد ويكتفى بالاعلان وقت العقد ، ثم الاشهاد قبل الدخول . فلو تم العقد وأعلن بدون حضور الشهود ، ثم اشهد عليه بعد ذلك قبل الدخول جاز .

ولو تم العقد بحضور الشاهدين ، وقد تواصيا بكتمان العقد وعدم اخبار أحد به ، صح العقد عند ابى حنيفة ، لتحقق الشرط وهو الاشهاد الذى يتبعه حتما إعلان العقد وإظهاره ، رغم تعهد الشاهدين بكتمانه ، فكل سر جاوز الاثنين شائع (٢) .

وعقد الزواج بحضور الشهود عقد يعلم به اربعة هم الزوجان والشاهدان . فلا يبقى أمره سرا . ويرى الامام مالك أن العقد غير صحيح ، لعدم توفر الاعلان حين العقد .

---

(١) سبل السلام ص ١٢٦ وفيه (انه يشترط فى ذلك ألا يصحبه محرم من التغنى بصوت رخيم من امرأة بشعر فيه مدح الخدود والقدود ولا كلام فى أنه فى هذه الأعصار يقترن بمحرمات كثيرة فيحرم لذلك لا لنفسه) .

(٢) وفى هذا المعنى يقول الشاعر :

وسرك ما كان عند امرىء ... وسر الثلاثة غير الخفى

ويقول عمر بن أبى ربيعة :

السر يكتمه الاثنان بينهما ... وكل سر عدا الاثنين منتشر

ما يشترط في الشهود :

٢٥ — ويشترط في شهود عقد الزواج :

أولا : البلوغ والعقل . فلا يصح الزواج بشهادة المجانين والمعاتيه ، لعدم إدراكهم معنى العقد . ولا بشهادة الصبيان ولو كانوا في سن التمييز ، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم ، فلا تكون لهم ولاية الشهادة على غيرهم ، فضلا عن أن عقد الزواج قد حث الشارع على إعلانه وتكريمه . وليس في حضور الصبيان تكريم ولا إعلان كريم .

ثانيا : التعدد ، وأقله رجلان أو رجل وامرأتان [1] يقول الله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم . فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » فلا يصح العقد بشهادة رجل واحد ، ولا بشهادة رجل وامرأة ولا بشهادة النساء وحدهن .

وإذا زوج رجل بنته الكبيرة — وهي حاضرة في المجلس — ولم يحضر ذلك إلا شاهد واحد ، صح العقد لوجود الشاهدين وهما الأب والشاهد . وإذا كانت البنت صغيرة أو كانت كبيرة غائبة عن مجلس العقد، لم يصح العقد ، لعدم وجود الشاهدين .

والفرق بين الحالتين أن البنت الكبيرة الحاضرة في مجلس العقد ، يمكن نسبة العقد إليها واعتبارها هي العاقدة ، إذ أن أباها ليس إلا سفيراً ومعبراً عنها . فكأن العقد قد تم بينها وبين زوجها ، بحضور أبيها كشاهد ، وحضور هذا الشاهد . فكان العقد صحيحاً . أما البنت الصغيرة أو الغائبة فلا يمكن نسبة العقد إليها لصغر الصغيرة وعدم أهليتها لتولي العقد ، وغياب الكبيرة عن مجلس العقد. فيكون الأب هو العاقد . فلا يصلح للشهادة على العقد ، لأن شاهد العقد غير منشئه وعاقده . فيكون الزواج بحضرة شاهد واحد .فلا يصح .

---

(١) ويشترط الشافعية الذكورة في الشهود ،فلا يصح العقد عندهم بشهادة رجل وامرأتين

ثالثا : الإسلام . إذا كان الزوجان مسلمين ، فلا يصح زواج مسلم بمسلمة بشهادة غير مسلمين ، لأن فى شهادتهما معنى الولاية . ولا ولاية لغير المسلم على المسلم . فضلا عن أن حضورهما وشهادتهما لا يتحقق بهما الاعلان بين المسلمين على الوجه الكامل . فإذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، لم يصح زواجها أيضاً — عند محمد وزفر من الحنفية ، والشافعى وأحمد — إلا بحضور شاهدين مسلمين ، حتى يتم الإعلان الكامل بين المسلمين ، ولأن الشهادة على زواجهما شهادة على الزوج المسلم ، ولا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم كما قلنا . ويرى الشيخان : أبو حنيفة وأبو يوسف صحة عقد زواجهما بشهادة كتابيين ، ولو كانا مخالفين لدين الزوجة ، نظراً لأن الشهادة فى عقد الزواج أظهر فى جانب الزوجة التى هى محل العقد . فتقبل شهادة الكتابيين فى عقد زواج الكتابية بالمسلم ، كما أن الكتابى أهل لتولى عقد زواج المرأة الكتابية ، فيكون أهلا للشهادة عليه أيضاً . فإن من يصلح لتولى ركن العقد وصيغته ، يكون أهلا لتولى الشهادة عليه — وهى شرط خارج عن حقيقته — من باب أولى (١) .

رابعاً : سماع الشهود لكلام العاقدين فى وقت واحد وفهمهما المراد منه — حتى يتحقق معنى الشهادة ، فلو تم عقد الزواج بحضور نائمين أو أصمين أو رجلين لا يعرفان لغة المتعاقدين ولا يفهمان مرادهما ، لم يصح العقد ، ولو سمع الشاهدان الايجاب ولم يسمعا القبول أو لم يفهماه ، لم يصح العقد ، لعدم تحقق الشهادة على أجزاء العقد كلها ، ولو سمع أحدهما الإيجاب والآخر القبول ، لم يصح العقد أيضاً ، لأن شهادة كل منهما على بعض العقد لا على كله ، ولو سمع أحدهما الإيجاب والقبول ثم أعيد العقد بحضور الثانى ، فقط ، لم يصح العقد أيضاً ، لأن العقد الأول لم يسمعه إلا شاهد واحد ، وكذلك الثانى .

ثم لا يشترط فى الشهود بعد ذلك أن يكونوا عدولا غير فاسقين . فلو تم

---

(١) وهذا ما أخذ به المشروع الموحد ولم تعدله لجنة المراجعة، لأن المقصود من الشهادة هو الإعلان لا الإثبات ، فيبقى أمر إثبات الزوجية عند الإنكار خاضعا للقواعد العامة فى الإثبات .

العقد بحضور من عرف بالفسق صح العقد عند الأحناف ، لتحقق المقصود من الشهادة وهو الإعلان والتكريم بشهادتهما ، ولأن شهادة الفاسق أمام القضاء ليست مردودة فى كل حال ، بدليل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » فكانت شهادته بمقتضى هذا النص القرآنى الكريم مقبولة بعد التبين والتثبت من صدقه ، فتكون كافية فى عقد الزواج . ويخالف الشافعية والحنابلة فى ذلك . ويشترطون عدالة الشهود لصحة العقد ، مستدلين بقوله صلى الله عليه وسلم - (لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل) ولأن الفاسق ليس من أهل الكرامة الدينية ، فلا يحصل به تكريم عقد الزواج . ويرد عليهم الحنفية بأن الحديث المروى غير صحيح ، وبأن تكريم عقد الزواج يتحقق بحضور الفاسقين فى غير حال فسقهم، كما يحدث هذا كثيراً فى عقود الزواج التى يحضرها أصحاب الجاه الدنيوى المعروفون بالفسق .

كما لا يشترط فى الشهود أن يكونوا مبصرين . فلو تم العقد بحضور أعميين يعرفان العاقدين صح العقد ، لتحقق المقصود من الشهادة بشهادتهما .

ولا يشترط أيضاً أن يكون الشهود ممن تقبل شهادتهم للزوجين أمام القضاء . فلو تم العقد بحضور أب الزوج وأب الزوجة أو ابنيهما أو ابنى أحدهما صح العقد . كما لا يشترط أن يكونوا ممن تقبل شهادتهم على الزوجين أمام القضاء . فلو تم العقد بشهادة عدوين لهما أو لأحدهما صح العقد ايضاً . وذلك لتحقق المقصود من الشهادة وهو الإعلان والتكريم . وليس المقصود بها إثبات العقد أمام القضاء حتى يشترط فى الشهود ذلك . ويمكن إثبات الزواج شرعا عند الإنكار بشهادة من لم يحضر العقد ولكنه سمع به ، لأن الزواج مما تقبل فيه الشهادة بالشهرة والتسامع .

شروط نفاذ الزواج

٢٦ — ويشترط لنفاذ عقد الزواج أى ترتيب الآثار عليه فعلا شرطان :

(١) أن يكون كل من الزوجين العاقدين كامل الأهلية بالبلوغ والعقل . فلو كان أحدهما معتوها مميزا أو صبيا مميزاً وتوافرت شروط الانعقاد والصحة، صح العقد وكان موقوفا على اجازة الولى . لأن عقد الزواج من التصرفات المترددة بين النفع والضرر . فإن أجازه الولى نفذ وترتبت آثاره فعلا ، وإن لم يجزه بطل .

(٢) أن يكون لكل من العاقدين صفة تخول له تولى العقد : بالأصالة عن نفسه أو بالولاية على غيره أو بالوكالة عنه . فلو كان أحد العاقدين أو كلاهما فضوليا صح العقد ايضاً ، وتوقف نفاذه وترتيب آثاره على اجازة صاحب الشأن وهو المعقود له .

شروط لزوم الزواج

٢٧ — عقد الزواج — بعد تحقق انعقاده وصحته ونفاذه — يشترط للزومه أى لئلا يكون لأحد الحق فى فسخه بسبب فى العقد ، أن يكون الزواج بكفء (١) . وبمهر المثل فى الحالة التالية :

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها فانه يشترط للزوم العقد أن تزوج نفسها بكفء وبمهر المثل ، فإذا تزوجت من غير كفء بمهر المثل أو من كفء بمهر أقل من مهر المثل بدون رضاء وليها ، كان العقد مع صحته ونفاذه غير لازم بالنسبة لوليها . فيكون له الحق فى الاعتراض على هذا الزواج وطلب

---

(١) كون الكفاءة شرط لزوم فى هذه الحالة هو ظاهر المذهب الحنفى، وقد روى الحسن ابن زياد عن أبى حنيفة أنها شرط صحة ، كما روى أيضا أنها شرط نفاذ ، وينبنى على هذا عدم لزوم العقد عند عدم الكفاءة على الرواية الأولى ، وفساده على الرواية الثانية ، وتوقفه على إجازة الولى بمقتضى الرواية الأخيرة .

فسخه بحكم القضاء ويستمر هذا الحق ثابتا للولى ولا يسقط إلا إذا ولدت المرأة أو ظهر حملها من هذا الزواج . وذلك لأن حق الولد ومصلحته فى بقاء العقد بين أبويه أقوى من حق الولى فى الاعتراض على العقد وفسخه .

كما يشترط أن يكون الولى وافر الشفقة فى الحالة التالية :

إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها ولى غير الأب والجد والابن المعروفين بحسن الرأى والتدبير كالأخ والعم ، فإن عقد الزواج إذا تم مع تحقق الكفاءة ومهر المثل يكون صحيحا ونافذا . ولكنه لا يكون لازما بالنسبة لفاقد الأهلية او ناقصها زوجا أو زوجة . وله حق فسخه بعد بلوغه إذا كان صغيراً ، وبعد إفاقته إذا كان مجنونا (١) وذلك لأن العقد — وإن كان ظاهر المصلحة من جهة الكفاءة ومهر المثل — قد عقده ولى ليس وافر الشفقة . فلا يطمأن إلى أنه لا حظ اعتبارات أخرى خاصة لها شأنها فى تقدير الزوج او الزوجة . وقد روى أن قدامه بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان من عبد الله ابن عمر . فلما بلغت خيرها رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فاختارت نفسها .

كما يشترط الا يغر الزوج زوجته فى نسبه فى الحالة الآتية :

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها برجل غرها وأفهمها أنه كفء لها ، بأن أظهر لها نسباً غير حقيقى يكافئ أسرتها مثلا . فتزوجته على هذا الأساس . ثم بان لها حقيقة نسبه . وأنه من أسرة دون أسرتها . فان العقد يكون غير لازم بالنسبة لها وبالنسبة لوليها . ولكل منهما الحق فى طلب فسخه .

فإن تبين أنه من أسرة تماثل أسرتها وتكافئها ، ولكنها دون الأسرة التى ادعى نسبه إليها ، كان العقد غير لازم بالنسبة لها ، لأن رضاها بزواجه كان على أساس ذلك النسب العالى ، وقد تبين كذبه فيه ، فيكون لها حق الفسخ لعدم تحقق رضائها . أما الولى فان العقد يكون لازما بالنسبة له . وليس له الحق فى طلب فسخه . لأن حقه لا يتعلق إلا بالكفاءة ، وهى موجودة فى هذا الزواج .

---

(١) ويخالف أبو يوسف فى ذلك ويرى أن تزويج غير الأب والجد والابن بالكفء وبمهر المثل حكمه حكم تزويج هؤلاء اكتفاء بالمصلحة الظاهرة التى تحققت بالكفاءة وبمهر المثل .

الشروط القانونية فى عقد الزواج الرسمى

٢٨ — هذه هى الشروط الفقهية لعقد الزواج . فليس من بينها بلوغ الزوجين سنا معينة ، ولا توثيق العقد فى ورقة رسمية . ولكن المشرع المصرى اشترط لمباشرة عقد الزواج الرسمى من الموظف المختص ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، وألا تقل سن الزوج عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد . وقد دعا إلى ذلك أن عقد الزواج له من الأهمية فى الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو اهماله . وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً كبيراً لحسن القيام بها . ولا تتأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ هذه السن . غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبى ومايلزم لتأهل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك فى زمن أقل مما يلزم للصبى ، كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة (١) .

وحملا للناس على عدم اتمام الزواج دون هذه السن منع المشرع من سماع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة .

كما حمل المشرع الناس على توثيق العقد ، حيث نص فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على عدم سماع دعوى الزوجية عند الانكار فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج

---

(١) من المذكرة الإيضاحية للقانون ، ولم يعدل مشروع القانون الموحد هذه السن بالزيادة ، حتى لا يقع الشباب فى المفاسد ، ولا بالتخفيض ، لأن زواج من هم أصغر من ذلك مجلبة للامراض ومضنى للشباب ، ومانع من النمو الطبيعى ، ولكنه زاد على ذلك بالنص على أن كل زواج يعقد لمن هو دون هذه السن يعاقب كل من عاقده ومن الزوجين وممثلهما وشاهديه بغرامة ما لم ينص قانون العقوبات على عقوبة أشد ، حملا للناس على احترام هذا القانون . وقد أبقت لجنة المراجعة على هذه السن ، وتركت النص على العقوبة ، ونصت على بطلان زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ .

رسمية سواء أكانت الدعوى فى حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما ، وسواء أكانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيره .

ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من الموظف المختص بمقتضى وظيفته باصدارها كالقاضى والمأذون داخل القطر والقنصل خارجه .

وقد دعا المشرع إلى اصدار هذا التشريع ما أثبتته الحوادث من أن بعض من لا خلاق لهم عمد إلى ادعاء الزوجية من بعض الأحياء أو الأموات ، ورفع الدعاوى بها أمام القضاء كيدا أو تشهيرا أو طلبا للمال ، اعتمادا على اثبات الزوجية بشهادة الشهود ، وسهولتها من فاسدى الذمم وشاهدى الزور .

المحرمات من النساء(١)

٢٩ - يحرم على الانسان التزوج ببعض النساء ، وهذه الحرمة قد تكون حرمة مؤبدة بمعنى أنه لا يحل له الزواج بالمرأة مطلقافى أى وقت من الاوقات ، لأن سبب تحريمها وصف ملازم لها لا يزول عنها ، وقد تكون حرمة مؤقتة بمعنى أنه لا يجوز له التزوج بها مادامت على صفة معينة قابلةللزوال عنها ، فإذا زالت هذه الصفة عنها أصبحت حلالا يجوز له الزواج بها .

المحرمات تحريما مؤبدا

٣٠ - وتنحصر أسباب التحريم المؤبد فى :

(١) القرابة النسبية . (٢) المصاهرة . (٣) الرضاع .

أما المحرمات بسبب القرابة فانواع أربعة :

(١) أصول الانسان مهما علون فى سلسلة النسب ، فيحرم عليه الزواج بأمه وجدته مهما بعدت درجتها ، وسواء أكانت جدة لأب أو جدة لأم ، وتحريم هؤلاء ثابت بقوله تعالى فى آية المحرمات : « حرمت عليكم أمهاتكم » فكان الزواج بالأم حراما بصريح النص . كما كانت الجدة من أى جهة كانت حراما كذلك ، لأن لفظ الأم - ومعناه فى اللغة الأصل - يشملها ، ويستدل على تحريم الجدة أيضا بتحريم العمة والخالة المنصوص عليه فى قوله تعالى فى هذه الآية : « وعماتكم وخالاتكم » فإنه إذا كان الزواج بالعمة والخالة حراما ،كان الزواج بالجدة حراما من باب أولى ، فهى أقرب إلى الشخص من عمته وخالته . والعلة فى تحريم هؤلاء هى قوة القرابة . فيدل النص المحرم لبعيد القرابة على تحريم قريبها . وقد أجمع الفقهاء على ذلك التحريم .

---

(١) انظر فى توسيع دائرة المحارم بسبب القرابة وتضييقها فى المجتمعات القديمة والمعاصرة: كتاب الأسرة والمجتمع للاستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى ص ٢٣ ط ٣ وانظر فيه نشأة نظام المحارم ص ٤١ .

(٢) فروع الانسان مهما نزلن فى عمود النسب ، فيحرم على الشخص التزوج ببنته وبنت ابنه وبنت بنته وهكذا ، ودليل التحريم هو قوله تعالى فى هذه الآية: « وبناتكم » فكان الزواج بالبنت الصلبية المباشرة حراما ، كما كان الزواج ببنات الأولاد أيضا حراما ، لأن لفظ البنت - ويراد به الفرع من النساء - يشملهن ، ويستدل على تحريم بنات الأولاد أيضا بقوله تعالى فى الآية نفسها : « وبنات الأخ وبنات الأخت » حيث دل هذا النص بعبارته على تحريم بنت الأخ وبنت الأخت ، وإذا كان الزواج بهاتين حراما ، كان الزواج ببنات الأولاد حراما من باب أولى ، لأنهن أقرب قرابة . وقد أجمع الفقهاء على هذا التحريم .

(٣) فروع الأبوين مهما امتد حبل النسب . فيحرم على الشخص الزواج بأخته وبنت أخيه وبنت أخته وهكذا ، سواء أ كانت الأخوة شقيقة أو من الأب أو من الأم ، وتحريم هؤلاء ثابت بقوله تعالى فى الآية : « وأخواتكم » وقوله تعالى : « وبنات الأخ وبنات الأخت » .

(٤) الفروع المباشرون للأجداد والجدات ، فيحرم على الرجل التزوج بعمته وخالته سواء أ كانت شقيقة أو لأب أو لأم ، كما يحرم عليه التزوج بعمة أحد أصوله وخالته كذلك ، وقد ثبت تحريم هؤلاء بقوله تعالى : « وعماتكم وخالاتكم » . ولا يدخل فى التحريم بنات هؤلاء لعدم شمول النص لهن ، فيحل للرجل أن يتزوج بنت عمته وبنت خالته ، كما يحل له الزواج ببنت عمه وبنت خاله .

والحكمة فى تحريم هؤلاء القريبات هى قوة قرابتهن الموجبة للمنزلة الخاصة الى لاتتفق مع الزواج بهن ، ولو أبيح الزواج بهؤلاء لتعرضت القرابة للبغضاء والعداوة عند عدم التوافق بين الزوجين ، وفى ذلك يقول الفقيه الحنفى الكاسانى : (ان نكاح هؤلاء يفضى إلى قطيعة الرحم ، لأن النكاح لايخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ، وبسببها تجرى الخشونة بينهما

أحيانا ، وذلك يفضى إلى قطع الرحم التى أمر الله بأن توصل ، فكان النكاح سببا لقطع الرحم مفضيا إليه ، والمفضى إلى الحرام حرام).

يضاف إلى ذلك أن القرابة حقوقا لاتتفق مع حقوق الزوجية . ويتضح لنا هذا إذا ما تصورنا شخصا تزوج بأمه أو جدته ، حيث تجب طاعتها وانقيادها وتبعيتها له بمقتضى الزوجية . بينما توجب الأمومة كل ذلك عليه لا له.

وقد أثبت العلم أخيرا أن الزواج بالقريبات يتوالد منه ذرية ضعيفة هزيلة [١] . وأن الزواج بالغريبة ينتج نسلا قويا [٢] . وإذا كان الزواج بالقريبات يؤدى إلى ضعف النسل . فقد كان مقتضى ذلك تحريم الزواج بهن مطلقا . ولكن الله سبحانه وتعالى لم يحرم الزواج بكل الأقارب . وخص التحريم بالقرابة القريبة القوية حتى لا يقع الناس فى حرج وشدة ، إذا ما دعتهم إلى الزواج ببعض قريباتهم دواع معقولة . وقد أدى تحريم الزواج بذات القرابة القوية إلى الزواج بالغريبة فى أحيان كثيرة ، الأمر الذى يترتب عليه توطيد العلاقات بين الأسر، وتعاونها فى مواجهة أعباء الحياة .

المحرمات بسبب المصاهرة :

٣١ — ويحرم على الرجل بسبب المصاهرة أنواع أربعة :

(١) أصول زوجته مهما علت تلك الأصول . فيحرم عليه الزواج بأمها وجدتها من الأب أو من الأم . وقد دل على ذلك قوله تعالى : «وأمهات نسائكم» والزوجة التى يحرم الزواج بأصولها هى من عقد عليها بعقد صحيح ، سواء أدخل بها الشخص أم لم يدخل . فلا يشترط لتحريم الأصول الدخول بالزوجة .

(٢) فروع زوجته مهما نزلن . فيحرم عليه الزواج ببنت زوجته

---

(١) وفى ذلك يقول سيدنا عمر لبنى السائب ، وكانوا يحرصون على الزواج بقريباتهم : « قد ضويتم — أى ضعفتم — فانكحوا فى الغرائب » . وفى الامثال : بنات العم أصبر والغرائب أنجب .

(٢) فانه يندر أن يتحد الزوجان فى هذه الحالة فى صفة وراثية سيئة ، بل تكون صفاتهما الوراثية مختلفة عادة ، فيقابل نواحى الضعف فى أحدهما نواح قوية فى الزوج الآخر ، وانظر الوراثة والبيئة للاستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى ص ٣٩ .

وبنت ابنها وبنت بنتها ، لقوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ،فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم»والربيبة هى بنت زوجة الرجل من غيره ، ولفظ الربائب إنما يكون إذا حصل دخول بالأم فإذا لم يوجد دخول بالأم كان الزواج ببنتها حلالا . وهذا مخالف لحكم زواج الصنف السابق ، حيث لم يشترط لتحريم الأم الدخول بالبنت ، بل ان الأم تكون حراما بمجرد العقد الصحيح على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وفى هذا يقول الفقهاء : (العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات) .

ولا يشترط فى تحريم الربيبة أن تكون فى حجر الزوج أى فى رعايته وتربيته ، بل ان الزواج بها حرام ولو لم تكن فى رعايته وحجره . وذكر الآية الكريمة للحجور إنما جاء على سبيل التنفير من الزواج بمن هى فى حكم بنته . وجريا على ماهو الكثير الغالب فى حالات الزواج بالأم ، حيث تكون بنتها الصغيرة معها ، فى رعاية أمها وزوج أمها . فلا يدل على اشتراط كون البنت فى رعاية زوج أمها حتى تكون حراما عليه[1] . ويشهد لذلك قوله تعالى بعد ذلك: « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » الذى يدل صراحة على أن الشرط المعتبر فى التحريم هو الدخول بالبنت فقط لا وجودها فى حجر زوج أمها، لأن ذلك لو كان مقصودا لكانت الآية : «فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يكن فى حجوركم فلا جناح عليكم».

(٣) زوجة أصوله مهما علوا . فيحرم عليه التزوج بزوجة أبيه أو جده من أبيه أو من أمه . وذلك لقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف » والمراد بالآباء هو الأصول . فيدخل فيه الأجداد بإجماع الفقهاء . وزوجة الأصل التى عقد عليها تكون حراما على الفرع دخل بها الأصل أو لم يدخل .

---

(١) وقد جاء مثل هذا فى قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة » ، فان الربا حرام قل أو كثر، بدلالة قوله تعالى : « وان تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » وإنما جاءت « الأضعاف المضاعفة » فى الآية لبيان الأمر الغالب فى التعامل بالربا ، وما يؤدى إليه من أخذ الربا أضعافا مضاعفة ، نظرا لعجز المدين عن الدفع أزمانا متطاولة .

(٤) زوجة فروعه مهما نزلوا . فيحرم عليه التزوج بزوجة ابنه أو ابن ابنه او ابن بنته . لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحليلة هى الزوجه بمجرد العقد عليها دخل بها الفرع أو لم يدخل . ووصف الأبناء الذين تحرم حلائلهم بكونهم من الأصلاب يخرج زوجه الابن غير الصلبى وهو الابن بالتبنى فلا تحرم زوجة المتبنى [1].

والحكمة فى تحريم من حرم بسبب المصاهرة ، أن تلك المصاهرة أوجدت علاقة متينة ورابطة قوية بين الرجل وهؤلاء النسوة تعدل علاقة القرابة . كما عبر عن ذلك الحديث النبوى : (المصاهرة لحمه كلحمة النسب) وإذا كانت كذلك فان أم الزوجة أو زوجة الأب تكون لها منزلة الأم . وإن بنت الزوجة أو زوجة الابن تكون لها منزلة البنت . ويحرم الزواج بهن . ويقول فى ذلك ولى الله الدهلوى فى كتابه حجة الله البالغة : (لو جرت السنة بين الناس بأن يكون للأم رغبة فى زوج بنتها ، وللرجال فى حلائل الأبناء وبنات نسائهم . لأفضى ذلك إلى السعى فى فك ذلك الرباط أو قتل من يشح به . وان أنت تسمعت قصص قدماء الفارسيين واستقرأت حال أهل زمانك من الذين لم يتقيدوا بهذه السنة الرشيدة ، وجدت أمورا عظاما ومهالك لا تحصى ، وأيضا فإن الاصطحاب فى هذه القرابة لازم ، والستر متعذر ، والتحاسد شنيع ، فكان أمرها بمنزلة الامهات والبنات أو بمنزلة الاخوات) .

المحرمات بسبب الرضاع :

٣٢ — ويحرم على الشخص بسبب الرضاع مايحرم عليه بسبب النسب والمصاهرة . فيحرم عليه مثل الأصناف الثمانية السابقة بسبب هذا الرضاع :

(١) أصول الشخص من الرضاعة . فيحرم عليه التزوج بامه التى أرضعته .

---

(١) كان التبنى موجودا عند العرب قبل الإسلام ، واستمر معمولا به بينهم بعد أن جاء الإسلام حتى أنزل الله قوله : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » فصار التبنى بعد ذلك حراما وباطلا .

وجدته الرضاعية مهما علت ومن أى جهة كانت . كما هو الحال فى الأم النسبية والجدة النسبية .

(٢) فروع الشخص من الرضاعة فيحرم عليه التزوج ببنته من الرضاع . وبنت ابنه من الرضاع . وبنت بنته من الرضاع مهما نزلت .

(٣) فروع الابوين من الرضاع . فيحرم عليه التزوج بأخته من الرضاع ، وبنت أخته من الرضاع مهما نزلت ، وبنات أخيه كذلك ، وسواء أ كانت الاخوة لابوين أو لاب أو لام .

(٤) فروع المباشرة للأجداد والجدات . وهن العمات والخالات رضاعا . أما بنات الأعمام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات رضاعا ، فإنه يحل الزواج بهن . كما هو الحال فى القرابة النسبية .

(٥) أم الزوجة وجداتها من الرضاع مهما علون . وسواء أ كانت مدخولا بها أم لم يكن .

(٦) بنت الزوجة رضاعا وبنات أولادها من الرضاع مهما نزان . بشرط أن تكون الزوجة مدخولا بها .

(٧) زوجة الأب من الرضاع . وزوجة الجد من الرضاع وإن علا . سواء أ كانت الزوجة مدخولا بها أم لم يكن .

(٨) زوجة الابن الرضاعى وزوجة ابن الابن وابن البنت من الرضاع وان نزلوا . وسواء أ كان هناك دخول بالزوجة أم لم يكن .

ودليل التحريم فى الأصناف الاربعة الاولى قوله تعالى فى آية المحرمات: وأمهاتكم للاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ، حيث دل هذا النص بعبارته على تحريم الأم الرضاعية ، والأخت الرضاعية . كما دل بإشارته على تحريم الباقيات من الاصناف الاربعة . لانه يلزم من تسمية المرضع أما وتسمية بناتها أخوات: أن الرضاعة قد أوجدت بين الرضيع ومرضعته صلة كصلة الابن بأمه النسبية .

وصار زوجها الذى نزل اللبن من ثديها بسببه أبا له من الرضاع . وصار أخواتها خالات له من الرضاع . وصار أخوات زوجها عمات له من الرضاع . وأولاد زوجها أخوات له سواء كانوا منها أو من غيرها . وقد اتفق جمهور الفقهاء على ذلك .

أما الأصناف الأربعة الأخيرة الخاصة بالمصاهرة الرضاعية . فقد رأى جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية القول بالتحريم فيها قياسا للمصاهرة على النسب . وخالفهم الظاهرية وابن القيم وذهبوا إلى عدم الحرمة وحل التزوج . وتوقف فى ذلك ابن تيمية وقال : (إن كان قد قال أحد بعدم التحريم فهو أقوى . هذا هو الراجح)[1] .

٣٣ — ويبدو للناظر فى بعض صور الرضاع أنها مستثناة من قاعدة (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) حيث يحل للرجل أن يتزوج أم أخيه رضاعا . بينما يحرم عليه أن يتزوج أم أخيه نسبا . كما يحل له أن يتزوج أخت ابنه رضاعا ، بينما يحرم عليه أن يتزوج أخت ابنه نسبا . والواقع أنها غير مستثناة . بل هى غير داخلة فى القاعدة من الأصل ، لأن علة التحريم بالنسب هى كون المرأة أصلا أو فرعا للشخص أو فرعا لأبويه أو أجداده . فإذا أوجد الرضاع صلة وعلاقة كهذه الصلة وتلك العلاقة ، كان التحريم ، وإلا لم يوجد . وبالنظر فى الصورة الأولى يتبين أن الرضاع لم يوجد تلك الصلة . لأن أم الأخ رضاعا أجنبية لا صلة بينها وبين هذا الأخ نسبا ، بعكس أم الأخ لأنها اما أن

---

(١) وقد أخذ بهذا مشروع القانون الموحد تسهيلا لسبل الزواج ، وعدم إخراج الناس بأضيق الاجتهادات فى الحل والحرمة ، وبناء على أن حرمة الرضاع استثنائية ، ومن المصلحة عدم التوسع فيها ، ولم يصرح الحديث بحرمة المصاهرة فى الرضاع ، ومن ثبتت حرمتهن فى القرآن بالرضاع اثنان وهما الام والاخت فقط ، والحديث النبوى إنما وسع دائرة التحريم بالرضاع تشبيها بالنسب لا بالمصاهرة ، فبقى التحريم بالمصاهرة من طريق الرضاع لا دليل عليه من كتاب ولا سنة ، ولا وجه للقياس مع الفوارق الظاهرة بين المصاهرة من طريق النسب والمصاهرة من طريق الرضاع (انظر زاد المعاد ج ٤ ص ٣٢٨ — ٣٣٢) ، وقد أبقت ذلك لجنة المراجعة .

تـكون أمه أو زوجة ابيه . وبالنظر فى الصورة الثانية يتضح مثل ذلك . فإن أخت الابن رضاعاً لاصلة بينها وبين الأب ، بعكس أخت الابن نسبا ، لأنها اما ان تـكون بنته او بنت زوجته التى دخل بها . وكذلك الأمر فى باقى الصور المماثلة .

التحريم بالرضاع من جانب الرجل(١) :

٣٤ — فيما سبق رأينا أن الرضاع كما يحرم من جانب المرضعة ، يحرم أيضا من جانب زوجها الذى كان سببا فى نزول لبنها الذى رضعه الصغير . وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية . محتجين بقوله — عليه الصلاة والسلام — : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) وبما روى من ان عائشة — رضى الله عنها — كانت قد رضعت من امرأة رجل اسمه أبو القعيس ، فجاء أخوه واسمه أفلح . يستأذن عليها ، فلم تأذن له باعتبارها أجنبية عنه وليست من محارمه . فلما ذكرت ذلك لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — قال لها : (ائذنى له فانه عمك) فقد أثبت — عليه الصلاة والسلام — لافلح عمومة لعائشة ، بسبب رضاعها من امرأة أخيه لبنا نزل عليها بسبب الولادة منه . كما روى البخارى ان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — سئل عن رجل له امرأتان أرضعت احداهما غلاما ، وأرضعت الأخرى بنتا ، هل يصح للغلام الزواج بالبنت ؟ فقال — عليه الصلاة والسلام — : « لا اللقح واحد » وقد خالف فى ذلك بعض الفقهاء ومنهم الشافعى فى أحد قوليه ، وذهبوا إلى عدم التحريم من جانب الرجل ، لأن الرجل لايرضع الصغير ، فلا صلة بينه وبين من رضع . وليست هناك نصوص قاطعة بدخول قرابة الرجل فى التحريم بسبب الرضاع . كما روى عن بعض الصحابة القول بعدم التحريم من جانب الرجل

(١) يقول ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦ « وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للرضيع حتى يحرم بينهما وبين من قبلهما ما يحرم من الآباء الذين من النسب ؟ قال مالك وأبو حنيفة والشافعى وأحمد والأوزاعى والثورى : يحرم ، وقالت طائفة : لا يحرم ، وبالأول قال على وابن عباس ، وبالقول الثانى قالت عائشه وابن الزبير وابن عمر . وقد أحسنت لجنة المراجعة لمشروع القانون الموحد إذ أخذت برأى القائلين بعدم التحريم من جانب الرجل ، وجاء نص المادة ١٢ من فقرتها الأولى : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا من قبل المرضع » .

الرضاع المحرم :

٣٥ — يشترط فى الرضاع المحرم أن تكون الرضاعة فى الحولين الأولين من عمر الصغير، وهذا ما ذهب إليه الصاحبان : أبو يوسف ومحمد ، ومالك والشافعى وأحمد ، لأن الله سبحانه قد جعل للرضاعة زمنا تتم فيه وينتهى عنده حكمها ، وذلك فى قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقوله تعالى: « وفصاله فى عامين » والفصال الفطام . وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن مدة الرضاع المحرم ثلاثون شهراً ، مستدلا بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » التى تفيد فى رأيه أن مدة كل واحد من الحمل والفصال ثلاثون شهراً ، فالحمل وحده فى ثلاثين شهراً ، والفصال وحده فى ثلاثين شهراً ، ولكن الأدلة الأخرى قد قامت على أن مدة الحمل أقل من ذلك ، ولم يقم فى شأن الرضاع مثل ذلك ، فبقيت مدته كما هى ، ولم ير أبو حنيفة فى قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » دليلا على أن مدة الرضاع المحرم سنتان ، لأنه يرى أن المقصود فى هذه الآية إنما هو بيان المدة التى تستحق فيها المطلقات أجـــرا على أرضاع أولادهن ، وقد بينت الآية أن تلك المدة سنتان فقط .

٣٦ — ولا يشترط فى الرضاع ليكون محرما أن يبلغ قدراً معينا عند الحنفية والمالكية وأحمد بن حنبل فى رواية عنه ، بل أن قليل الرضاع وكثيره سواء فى التحريم ، مادام اللبن قد وصل إلى جوف الصغير ، لأن النصوص التى وردت فى شأن الرضاع مطلقة ولم تقيد بعدد معين ، فالله سبحانه وتعالى يقول : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » والرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول : (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) وليس فى ذلك تقييد الرضاعة المحرمة بعدد معين والأحاديث التى جاء فيها التقييد بعدد معين وقع فيها اضطراب كثير يضعف الثقة بها والتعويل عليها .

ويرى الشافعى وأحمد فى رواية عنه أن الرضاع المحرم هو ما كان خمس رضعات متفرقات ، لقول عائشة — رضى الله عنها — : (كان فيما نزل عشر رضعات

يحرم حتى صرن إلى خمس) ولأن علة التحريم بالرضاع كون اللبن يدخل فى غذاء الطفل فينمى لحمه وعظمه ، وذلك إنما يكون برضاع يستمر يوما على الأقل، وعدد رضعات الصغير فى اليوم عادة خمس رضعات ؛ فلا يكون التحريم بما دون ذلك من رضعات لا يظهر لها أثر (١) .

ويرجح بعض العلماء من جهة الدليل مذهب الحنفية ومن وافقهم ، ولكن بعض جهات الفتوى تفتى بمذهب الشافعى ومن معه تيسيراً على الناس فى هذا الشأن (٢) .

٢٧ — والحكمة فى التحريم بسبب الرضاعة أن المرضع تغذى الطفل بلبنها وهو جزء منها ، فيدخل فى تكوينه لحما وعظما ، وتصبح كأمه النسبية التى غذته بدمها وهو حمل ، ويصبح أقاربها أقارب له أيضاً ، ويعبر عن ذلك الدهلوى بقوله : (ان التى أرضعته تشبه الأم ، من حيث أنها سبب اجتماع أمشاج وأجزاء بنيته وقيام هيكله ، غير أن الأم جمعت خلقه فى بطنها ، وهذه درت عليه ما يسد رمقه فى أول نشأته ، فهى أم بعد الأم ، وأولادها اخوة بعد الاخوة ، وقد

---

(١) ولم يأخذ المشروع الموحد بمذهب الأحناف لما فيه من الحرج، وعدل عنه إلى مذهب الشافعى والظاهر من مذهب أحمد وقول ابن حزم .

(٢) ويرى الأستاذ معوض سرحان أستاذ الشريعة السابق بحقوق الاسكندرية أن الآية الكريمة التى أثبتت التحريم بالرضاعة نزلت والعرب كانوا يسترضعون أولادهم فى حى من الأحياء، فيندمج فيهم الوليد ويخالطهم مخالطة المحارم ، فوجب أن تحمل الآية على ما كان معهوداً لديهم من مكث الرضيع فترة لدى المرضعة تشعر فيها أنه أصبح فرداً من أفراد أسرتها كما يشعر زوج المرضعة بأبوته كذلك للرضيع ، وأن الرضعة أو الرضعات القليلة لا يتحقق فيها هذا المعنى (الأحوال الشخصية ص ١٠٠) . ويقول الإمام الأكبر الشيخ شلتوت : « لم نر من الفقهاء من عرج نحو دلالة كلمة « أمهاتكم اللاتى أرضعنكم » على قدر الرضاع المحرم . ولا شك أن عنوان الأمهات يعطى أن مدة الرضاعة امتدت وقتا شعرت منه المرضعة بمعنى الأمومة للرضيع، ولا شك أن هذا الوقت الذى يتحقق به معنى العطف والحنو والشوق من المرضعة للرضيع ، ليس هو وقت « القطرة » ولا هو وقت الثلاث ، ولا هو وقت الخمس ، فالخمس الرضعات أو الرضعات المعدودات لا يمكن أن تحدث معنى الأمومة عند المرضعة ، متى لوحظ تفرقها على الحولين أو أكثر منهما . وهذه ناحية أعرضها للبحث الذى يستعان فيه برأى الأطباء الواقفين على المقدار الذى ينبت به اللحم وينشز العظم (الفتاوى ص ٢٠٨) » .

قاست فى حضانته ماقاست ، وقد ثبت فى ذمته من حقوقها ما ثبت ، وقد رأت أمنه فى صغره ما رأت ، فيكون زواجها والاتصال بها اتصال الأزواج ، مما تمجه الفطرة السليمة ، وكم من بهيمة عجماء لاتلتفت إلى أمها أو إلى مرضعتها هذه اللفتة ، فما ظنك بالرجال ؟ وايضاً فإن العرب كانوا يسترضعون أولادهم فى حى من الأحياء ، فيشب فيهم الوليد ، ويخالطهم كمخالطة المحارم ، ويكون عندهم للرضاعة لحمة كلحمة النسب ، فوجب أن يحمل على النسب) .

إثبات الرضاع :

٣٨ — مذهب الحنفية يثبت الرضاع بالإقرار والاعتراف أو بالشهادة برجلين أو رجل وامرأتين، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن ، لأنه ليس من المواضع التى لا يطلع عليها إلا النساء ، فان الرجال المحارم يشاهدونه ويطلعون عليه ، ومذهب الشافعية الاكتفاء فى إثباته بشهادة امرأتين ، ويزيد المالكية فيكتفون بشهادة امراة واحدة ، لأن الرضاع من الأمور التى لا يطلع عليها الرجال ، فان نظرهم إلى ثدى المراة الأجنبية حرام ، فيكتفى فيه بشهادة النساء .

المحرمات تحريما مؤقتا

٣٩ — ويحرم على الرجل تحريما مؤقتا التزوج بهؤلاء النساء :

(١) المرأة المتزوجة ومن فى حكمها ، وهى المعتدة (١) سواء أكانت معتدة من طلاق أو فرقة بعد دخول بشبهة ، أو من وفاة ، وسواء أكان الطلاق رجعياً او بائنا ، وسواء أكان بائنا بينونة صغرى أم بائنا بينونة كبرى، لتعلق حق الزوج بها إذا كانت متزوجة أو معتدة من طلاق رجعى ، ولبقاء بعض آثار النكاح فى المطلقة بائنا وفى المتوفى عنها زوجها ، ولتعرف براءة الرحم فى المدخول بها بشبهة .

---

(١) روى أن عمر بن الخطاب فرق بين رجل وامرأة تزوجها وهى فى العدة ودخل بها ، ثم ضربه بدرته ضربات تعزيراً له ، وحكم بحرمتها عليه حرمة مؤبدة ، زجراً لا مثاله ومعاملة له بنقيض مقصوده . وقد خالفه على فى ذلك ، ورأى عدم تأبيد التحريم ، وأن له أن يتزوجها بعد انتهاء العدة ، وروى أن عمر رجع إلى رأى على ، وقد اختلفت المذاهب فى ذلك، فذهب الحنفية والشافعى إلى التفريق بينهما وإلى أن له أن يتزوجها بعقد جديد بعد انتهاء العدة ، وذهب مالك والأوزاعى إلى أنه يفرق بينهما ولا تحل له أبداً .

ولما كان المانع من الزواج فى المعتدة من الطلاق البائن بينونة صغرى هو حق المطلق ، فانه يجوز له هو أن يتزوج بها وهى فى العدة . ودليل تحريم من ذكرنا هو قوله تعالى فى بيان المحرمات : « والمحصنات من النساء » أى المتزوجات وقوله تعالى: « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله سبحانه وتعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وقوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » أى لا تبرموا عقد الزواج إلا إذا انتهت العدة المفروضة المكتوبة .

أما المرأة التى فارقها الرجل بعد زواج باطل ، والمرأة المزنى بها ، فلا يحرم العقد عليها بعد المفارقة ولو كانت حـــاملا ، وذلك عند أبى حنيفة ومحمد والشافعى ، لدخولهما فى قوله تعالى بعد بيان المحرمات من النساء : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ، فاذا كان الذى عقد عليها هو الزانى بها لم يحرم عليه الدخول بها بعد العقد ، وإن كان من تزوجها غيره وكانت حاملا حرم عليه الدخول بها إلا إذا وضعت حملها ، فإن كانت حائلا أى غير حامل ، جاز له الدخول بها بمجرد العقد عليها عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وذهب محمد إلى كراهة الدخول بها مالم يستبرئها ، أى يتبين له براءة أى خلو رحمها بحيضة ، وذهب مالك وأحمد ابن حنبل إلى حرمة العقد على المزنى بها ، فليس العقد إلا وسيلة للدخول ، فإذا كان الدخول ممنوعا ، امتنعت وسيلته أيضاً ، وهذا هو الرأى المقبول الذى يتفق مع صيانة الشارع للأعراض ، واحتياطه فى أمر الأنساب ، والمحافظة عليها من الاختلاط .

(٢) المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها ، فلا يجوز له العقد عليها إلا إذا تزوجت بزوج آخر زواجا صحيحا شرعا ، ودخل بها ، ثم فارقها بموت أو طلاق وانقضت عدتها . ودليل هذا التحريم قوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان . . . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فقد دلت هذه الآية على تحريم المطلقة طلقة ثالثة على مطلقها حرمة مؤقتة تنتهى

بزواجها بغيره ، وقد جاءت السنة باشتراط الدخول الحقيق من الزوج الثانى لانتهاء هذه الحرمة (١) .

والحكمة فى هذا التحريم هو حمل الزوج على عدم التسرع فى الطلاق ، ووضع حد لسوء العشرة بين هذين الزوجين ، الذى تأكد وتأيد بالطلاق الثالث ، ومن المصلحة أن تحرم هذه الزوجة تحريماً مؤقتا حتى تجرب حياة زوجية حقيقية أخرى يكون فيها للمطلقة ولمطلقها شىء من التهذيب والتأديب ، والتجربة يمكن أن تصلح بعده الحياة الزوجية بينهما من جديد .

(٣) من ليس لها دين سماوى ، فلا يجوز التزوج بالمرأة الملحدة التى تنكر الأديان ولا تؤمن بوجود اله ، ولا من تؤمن بدين غير سماوى من الأديان التى اخترعها البشر ، كالمجوسية التى تعبد النار ، والوثنية التى تعبد الأصنام ، والصابئة التى تعبد الكواكب والأجرام السماوية ، والهندوكية التى تعبد البقر ، وقد ورد تحريم هؤلاء فى قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » ويقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — فى المجوس : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، غير ناكحى نسائهم ، ولا آكلى ذبائحهم » .

كما لا يجوز الزواج بالمرتدة عن دين الإسلام ، لأنها ليست ذات دين ، حيث أنها لا تقر على البقاء فى دينها الذى انتقلت إليه ، ولو كان انتقالها إلى النصرانية أو اليهودية .

---

(١) روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير من التابعين عدم اشتراط الدخول الحقيقى ، وهذه الرواية غير مقبولة ، نظراً لورود الأحاديث باشتراطه ، ولعل هذه الأحاديث لم تبلغ السعيدين ، أو لعل هذا قد كان رأيا لهما ثم رجعا عنه كما قد قيل . وإن اشتراط الدخول بهذه الزوجة ، حتى تكون حلالا لزوجها الأول إذا ما حصل فراق بينها وبين زوجها الثانى ، لم يكن لذات الدخول ، وإنما كان باعتباره عنوانا لحصول عشرة وحياة زوجية جديدة يمكن أن تكون سببا فى نجاح الحياة الزوجية بين هذه المطلقة وزوجها الأول إذا ما عادا لاستئناف الحياة الزوجية مرة أخرى ، أما مجرد العقد من غير دخول ومعاشرة بينهما ، فلا يحقق الغرض المقصود من التحريم المؤقت .

كما لا يجوز للمرتد أن يتزوج بمسلمة ولا كتابية ولا مرتدة مثله ، لأن الزواج له حكم وطابع ومظهر ديني ، ولا دين للمرتد ، حيث لا يقر على دينه الذى انتقل إليه ، ولو كان دينا سماويا آخر .

ويحل للمسلم التزوج بالكتابية التى تنسب إلى دين سماوى كاليهودية والنصرانية ، وذلك عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » فقد أفادت الآية حل المحصنات — أى العفيفات — من المؤمنات ومن الكتابيات(١) ، وقد اتفق الصحابة على جواز ذلك ، بل قد تزوج بعضهم بالكتابية كعثمان بن عفان ، وطلحة بن عبيد الله ، وكعب بن مالك ، وحذيفة بن اليمان ، ولم يخالف فى ذلك إلا عبد الله بن عمر .

ووجه الفرق بين المشركة والكتابية فى ذلك أن المشركة لا تلتقى مع المسلم فى شيء ، ولا تتفق عقيدتها مع الإسلام فى قليل ولا فى كثير ، بينما الكتابية تلتقى معه فى أن لها دينا سماويا ، وأصول الأديان السماوية واحدة ، يقول الله تعالى : « شرع لكم من الدين ماوصى به نوحا والذى أوحينا إليك ، وماوصينا به إبراهيم وموسى وعيسى ، أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » وقد كان الإسلام خاتمة هذه الديانات ، يقول الله تعالى : « ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه » ومهيمنا عليها ، يقول سبحانه : « وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه » .

هذا والأولى بالمسلم أن يتزوج مسلمة ، ليكون الوفاق والتلاقى بينهما أتم وأكمل ، ولينشأ الأولاد نشأة إسلامية محضة ، فإن الولد يقلد أمه قبل أبيه ، وتشتد كراهية الزواج بالكتابية ، إذا كانت الكتابية من دولة من الدول

---

(١) واسأل عن بعض المسلمين الذين يتزوجون منهن ، واستمع إلى من عرفوا أسبابه ، لتعرف أن منهم من لم يلتزم بحكم الإسلام وأدب القرآن الحكيم ، وهو الزواج بالعفيفات ، مما تحققت به خشية الفاروق عمر أن يتزوج المسلمين « المومسات » منهن .

الاستعمارية التى ابتليت بها بعض البلاد الإسلامية . فان ذلك الزواج تتخذه البلاد الاستعمارية وسيلة من وسائل توطيد نفوذها(١) .

وأولاد الزوج المسلم والزوجة الكتابية يكونون مسلمين تبعا لأبيهم .

أما الكتابى فلا يجوز له الزواج بالمسلمة ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بايمانهن ، فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ، لا هن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن » .

والفرق بين زاوج المسلم بالكتابية وزواج الكتابى بالمسلمة ، حيث أبيح الأول ولم يبح الثانى ، أن الزوج المسلم — وهو راعى الأسرة — يأمره دينه برعاية زوجته الكتابية وبعدم التعرض لعقيدتها وعبادتها ، مع إيمانه بنبوة موسى وعيسى عليهما السلام ، وليس الحال كذلك فى الكتابى ، فان دينه لايبيح له هذا الزواج ، ثم هو لا يؤمن مطلقا بنبى الإسلام وخاتم الانبياء محمد — عليه الصلاة والسلام — فيكون ذلك سببا فى ايذائها وفتنتها فى دينها

وقد أعدت وثيقةخاصة بزواج المسلم بالكتابية دونت فيها أهم أحكامالزواج فى الشريعة الإسلامية باللغة العربيةوالانجليزية والفرنسية ، ويتولى موثق عقد الزواج شرح هذه الأحكام للزوجين ، وبخاصة الزوجة الكتابية التى لا تكون على معرفة بهذه الأحكام .

(٤) الجمع بين امرأتين كل منهما محرم للأخرى : فيحرم على كل من تزوج بامرأة أن يتزوج بأختها ، سواء أكانت أختا شقيقة أو كانت أختا من الأب أو كانت أختا من الأم ، كما يحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها ، لما يؤدى إليه ذلك الزواج من قطيعة الرحم ووجود البغضاء بين المحارم ، بسبب ما قد يكون بين الزوجتين من غيرة ، وقد جاء تحريم الجمع بين

---

(١) ولهذا اشترطت بعض الحكومات الإسلامية فيمن يعمل موظفا بالسلك السياسى ألا يكون متزوجا بأجنبية .

الأختين فى قوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين » فدل ذلك على تحريم الجمع بين الأختين بصريح النص ، كما دل على تحريم الجمع بين كل محرمين : كالمرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها ، لأن الجمع بينهما أشد وأقسى من الجمع بين الأختين ، فان العمة والخالة فى مكانة الأم ، وفى منزلتها من ابنة أخيها ومن ابنة أختها ، فتدل الآية على تحريم الجمع بينهما من باب أولى ، وقد تأكد ذلك بما جاء فى السنة النبوية من النهى عن الجمع بين هؤلاء فى قوله — عليه الصلاة والسلام — : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها » كما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم - نهى أن يجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها » .

ويشترط لتحريم الجمع بين المحرمين أن تكون المحرميه ثابتة من الجانبين ، بحيث لو فرضت كل من المرأتين ذكراً والأخرى أنثى ، ماحل له الزواج بها ، كما هو متحقق فى الأختين ، وفى العمة وبنت الأخ ، وفى الخالة وبنت الأخت .

وعلى هذا لايحرم الجمع بين البنت والزوجة السابقة لأبيها ، لأن المحرمية ثابتة من جانب واحد ، وليست ثابتة من الجانبين ، فانه لو فرضت البنت ذكراً ما جاز له الزواج بزوجة أبيه ، ولو فرضت زوجة الأب ذكراً جاز له الزواج بالبنت ، لعدم وجود سبب من أسباب التحريم حينئذ ، لأنها لو كانت رجلا ما كانت زوجة للأب ، فيكون التحريم ثابتا من جانب واحد ، فلا يحرم الجمع بينهما ، وقد خالف زفر فى ذلك ورأى حرمة الجمع فى هذه الحالة أيضاً .

وحرمة الجمع بين المحرمين ثابتة ، سواء أكانت المحرم الأولى زوجة أم كانت معتدة من طلاق ، لأنها فى حكم الزوجة ، فلا يجوز الزواج بالأخرى مادامت فى العدة ، ويرى الشافعى صحة الزواج بالثانية إذا كانت المحرم الأولى قد طلقت طلاقا بائنا بينونة صغرى أو بينونة كبرى لانتهاء زوجية الأولى .

هذا ويجوز الجمع بين بنتى العم وبنتى الخال (١)، لانعدم المحرمية بينهما من كلا الجانبين ، فان كل واحدة منهما لو فرضت ذكراً ، جاز له الزواج بالأخرى، فيكون الجمع بينهما حلالا داخلا فى قوله تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم » ويرى بعض الفقهاء كراهة الجمع بينهما (٢) لأنه مفض إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ، وأقل ما يوجبه ذلك هو الكراهة .

(٥) الزواج بامرأة خامسة : فلا يحل لمن تزوج أربعا أن يتزوج باخرى بعد ذلك ، وتستمر هذه الحرمة قائمة حتى تموت أحداهن أو يطلقها وتخرج من عدتها ، وذلك لأن الله سبحانه وتعالى يقول : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة» فهذا النص الكريم يفيد اباحة الجمع بين زوجتين أو بين ثلاث أو بين أربع من النساء عند الحاجة والقدرة على العدل . وقد أجمع فقهاء المسلمين على جواز تعدد الزوجات إلى أربع استناداً إلى هذه الآية الكريمة ، وإلى ما قاله ابن عمر : « أسلم غيلان بن سلمة الثقفى وتحته عشر نسوة فى الجاهلية ، فأسلمن معه ، فأمره النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يختار منهن أربعا » كما روى مثل ذلك عن قيس بن الحارث ونوفل بن معاوية، فلا يحل التزواج بأكثر من أربع ، وهو ما أفادته الآية والأحاديث .

---

(١) هكذا جاء اللفظ فى المغنى . ويقال : هما بنتا عم وبنتا خالة ، ولا يقال : هما بنتا عمة وبنتا خال . (المصباح المنير ــ مادة عم) ولعل القلم قد سبق حين أجاز صاحب المصباح نفسه أن يقال : بنتا أخ ، لأن إحداهما تقول : يابنت أخى ، والأخرى تقول : ياعمتى . وقد نبه على ذلك مصححه الأستاذ الشيخ حمزة فتح الله .

(٢) وقد نقل ابن قدامة فى المغنى جـ ٧ ص ٤٧٩ القول بالكراهة عن ابن مسعود وجابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ، وروى أبو حفص عن عيسى بن طلحة أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ نهى عن أن تزوج المرأة على ذى قرابتها كراهية القطيعة ، ونقل القول بعدم الكراهية عن سليمان بن يسار والشعبى وحسين بن حسن والأوزاعى والشافعى واسحاق وأبى عبيد ، لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع ، فلا كراهة فى الجمع كباقى الأقارب .

وكما يحرم على الرجل التزوج بالخامسة إذا كانت فى عصمته أربع زوجات، يحرم عليه التزوج بها إذا طلق احداهن مادامت فى عدتها من هذا الطلاق ، لأنها لا تزال زوجة حكما ، ويخالف الشافعى فى هذه الحالة كما خالف فى مسألة الجمع بين محرمين ، ويرى صحة التزوج بالخامسة فى عدة المطلقة طلاقا بائنا ،لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن ، فلا تكون من يتزوجها فى هذه الحالة خامسة بل تكون هى الرابعة ، لخروج المطلقة بائنا عن أن تكون زوجة .

أما ما يقوله بعض الناس من أن تعدد الزوجات فى الاسلام ممنوع ، لأن الله سبحانه وتعالى أباحه بشرط العدل ، وقد قرر سبحانه أن العدل غير مستطاع فى قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » فيكون التعدد غير جائز ، لعدم تحقق شرطه وهو العدل كما نطقت الآية الثانية ، فانه قول ظاهر الخطأ وفى غير حاجة إلى تفنيد ، لأن العدل المطلوب فى الآية الأولى غير العدل المنفى فى الثانية ، فالعدل فى الآية الأولى هو العدل فى الأمور الظاهرة من معاملة ونفقة ومبيت، والعدل فى الآية الثانية هو العدل فى الميل القلبى ، والمحبة الباطنية ، وقد أرشد القرآن إلى هذا المعنى بقوله تعالى بعد ذلك فى الآية الثانية : « فلا تميلوا كل الميل ، فتذروها كالمعلقة» ومعنى الآية الثانية على هذا أن العدل الكامل التام الذى يشمل المحبة القلبية غير مستطاع ولا ممكن ، مهما حرص عليه الإنسان ، وإذا كان الأمر كذلك وجب ألا يجرى الإنسان وراء ميله القلبى ومحبته الباطنية ، فيحابى زوجة على أخرى فى المعاملة الظاهرية ، حتى تصبح الأخرى كالمعلقة لا هى زوجة ولا هى مطلقة . ولو كان المقصود بالآيتين هو ما يقوله هؤلاء الناس لكان قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » قولا لا يصح صدوره من الله الحكيم الخبير . هذا وقد تزوج كثير من الصحابة بأكثر من واحدة ، ومن هؤلاء عمر بن الخطاب ، وعلى ابن أبى طالب ، ومعاوية بن أبى سفيان ، فهل غاب عن هؤلاء العلية من أفاضل الصحابة الذين تلقوا الشريعة من رسولها ومصدرها الطاهر — حكم الإسلام فى تعدد الزوجات وما تفيده الآيات القرآنية الواردة فيه .

ثم ان الحكمة فى إباحة تعدد الزوجات إلى أربع ترجع إلى أمور كثيرة : منها تكثير النسل وهو الأصل إلا فى الأحوال الاستثنائية ، ومسارعة الزوجة إلى العقم وعدم الإنجاب فى سن مبكرة عن الرجل ، وكثرة عدد النساء عن عدد الرجال وبخاصة بعد الحروب ، كما حدث فى ألمانيا بعد الحرب الأخيرة حيث أصبحت نسبة الرجال إلى النساء (١) إلى (٩) ، وحاجة الرجل إلى التعدد فى كثير من الأحيان لتحصين نفسه . فيعدد الخليلات فى ظل الشريعة والقانون وفى سعة الحلال ويسره ، بدلا من تعدد الخليلات فى ظل الشيطان وفى عنت الحرام وضيقه وفساده (١) .

أما مانشاهده من فساد بعض الأسر واضطراب أمرها مما ينسب إلى تعدد الزوجات ، فإن منشأه هو سوء الأخلاق ، وعدم الاسترشاد بمبادىء الشريعة فى العدل بين الزوجات والأولاد ، وإساءة الرجل فى استعمال حقه فى التعدد ، عند عدم الحاجة إليه ، أو عدم قدرته على التزاماته .

---

(١) عزا بعض مفكرى الغرب ومنهم الفيلسوف الفرنسى « مونتسكيو » نظام تعدد الزوجات فى البلاد الشرقية والإسلامية إلى عاملين : كلاهما يرجع إلى تأثير المناخ ، فالجو الحار يزيد من الحساسية الجنسية فى نظره ، ويدفع الرجل الى الزواج باكثر من واحدة لارضاء هـذه الغريزة ، كما أن أثر الجـو الحـار يظهر — كما يقال — فى زيادة عـدد المواليد من الاناث زيادة تفوق بكثير عدد الذكور ، ولذلك فإن الرجل يتزوج بأكثر من واحده لإحداث التكافؤ العددى بين الجنسين ، ويرد عليه الاستاذ الدكتور السيد محمد بدوى أستاذ علم الاجتماع بآداب الاسكندرية ، بقوله : وإذا كان الزواج بأكثر من واحدة يحدث بدافع من الحاح الغريزة الجنسية ، فما السبب الذى يدفع بكثير من الغربيين لاتخاذ خليلات متحايلين بذلك على قانون الزوجة الواحدة ؟ مع العلم بأن الغريزة الجنسية لديهم معتدلة بسبب الجو المعتدل أو البارد الذى يعيشون فيه ؟ أما من ناحية زيادة عدد الإناث من المواليد بسبب الجو الحار ، فقد أثبتت الإحصاءات الحديثة خطأ ذلك الاعتقاد ، وأصبح من الحقائق =

(٦) المرأة التى لاعنها زوجها بعد أن قذفها بالزنى أو نفى نسب ولده منها ، ثم فرق القاضى بينهما ، فإنه لا يحل له الزواج بها بعد ذلك إلا إذا كذب نفسه وقرر براءتها مما اتهمها ، لأنه بعد أن زالت الثقة بينهما لا محل لبقاء الزوجية،

=المعترف بها اليوم أن عدد المواليد من الذكور يفوق دائما عدد المواليد من الاناث ، وذلك بالنسبة لجميع الأجواء فى جميع المجتمعات : ثم يتفوق عدد الاناث على عدد الذكور فى سن الشباب وفى سن الاكتمال ، نظراً لتعرض الرجال لأخطار العمل وأخطار الحروب ، فإذا كان السبب فى نظام تعددالزوجات هو تفوق عدد الاناث لزم أن تأخذ به جميع المجتمعات ، والحقيقة أن نظام تعدد الزوجات فى الإسلام قد شرع لمجموعتين من الأسباب :

١ — أسباب خاصة دعت إليها ظروف المجتمع الإسلامى فى بدء ظهور الإسلام.

٢ — أسباب إنسانية عامة تنطبق على النفس البشرية فى جميع العصور

وفيما يتصل بالمجموعة الأولى من الأسباب :

١ — أن هذا النظام قد سمح للكثير من المسلمين أن يعولوا أرامل إخوانهم الذين استشهدوا دفاعا عن العقيدة .

٢ — أن هذا النظام قد سمح بتعزيز أواصر الوحدة والوئام بين القبائل المتفرقة ، فإذا تزوج رؤساء العشائر والقبائل من القبائل الأخرى كان ذلك عاملا على اتحادهم وتوحيد كلمتهم .

٣ — أن هذا النظام قد تدرج بالمجتمع الإسلامى من حالة الفوضى الشاملة فى الزواج إلى حالة من التنظيم لا ترهقهم ، فالتشريع الحكيم لاينتقل بالناس من الإباحة المطلقة إلى التحريم الصارم ، وإنما يتدرج بهم فى خطوات حتى لا يتخذ صبغة التعسف والظلم .

وفيما يتعلق بالمجموعة الثانية من الأسباب :

١ — راعى نظام تعددالزوجات أن الطبيعةالإنسانية والعواطف الإنسانية لا تظل على حالة واحدة ، فقد تدب الكراهية بين الرجل وزوجته ، وفى هذه الحالة بدلا من أن يطلقها ويتركها مع أولادها تتلاقفها يد الأقدار يستطيع أن يتزوج بأخرى معها .

ولا لاستئناف زوجية أخرى بعد ذلك ، إلا إذا عادت الثقة والاطمئنان بينهما بتكذيبه نفسه فيما رماها به .

---

٢ — كذلك قد لاتنجب الزوجة الأولى أولاداً ، ويرى من المصلحة بقاءها والتزوج بأخرى لإنجاب الذرية .

٣ — ثم إن هذا النظام قد أقام العلاقات بين الرجل والمرأة على أسس عادلة بدلا من أن تترك خارج نطاق القانون .

على أن تعدد الزوجات فى تناقص مستمر كما تدل الإحصاءات (المجتمع والمشكلات الاجتماعية ص ١٩٢) وراجع فى ذلك مدى استعمال حقوق الزوجية للاستاذ الدكتور السعيد مصطفى ص ١٤٢ إلى ص ١٥٥ ، ونقد مشروع قانون تقييد تعدد الزوجات لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة المنشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ١ و ٢ س ١٥ وأقوال بعض كاتبات الغرب فى المطالبة بتعدد الزوجات والمنشورة بتفسير المنار ج ٤ عند تفسير قوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » ، وعمدة التفسير ج ٣ ص ١٠٢ — ١٠٩ ، وما فيه من تعليق للأستاذ الشيخ أحمد محمد شاكر ، ثم انظر (الأسرة والمجتمع) للأستاذ الدكتور على عبد الواحد وافى ص ٥٧ فى نظم تعدد الزوجات أو الأزواج ووحدانيتهم فى المجتمعات القديمة والحديثة ، لتقارن بين هذه النظم ، ولترى أن نظام الإسلام هو الذى يتفق مع الفطر والرغبات الإنسانية والمصلحة الفردية والجماعية . هذا وقد أخذ المشرع السورى فى المرسوم التشريعى رقم ٥٩ الصادر فى ١٧ / ٩ / ١٩٥٣ بمبدأ تقييد تعدد الزوجات فنصت المادة ١٧ منه على أن للقاضى ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إذا تحقق أنه غير قادر على نفقتهما ، وجاء فى المذكرة الإيضاحية (ولما كانت إباحة التعدد مشروطاً فيها شرعاً القدرة على الإنفاق على الزوجات جميعاً ، وكان المشرع قد أخذ بقول من قال بالتفريق لعدم الإنفاق ، فقد منع زواج المتزوج مرة ثانية ، إذا كان لا يستطيع الإنفاق على زوجته ، عملا بقاعدة سد الذرائع ، وذلك مع بقاء الحكم على حاله من جهة صحة هذين الزواجين إذا وقعا حفظاً للنتائج فى الأنساب وغيرها) .

وفى مصر سبق أن أحد مشروع قانون ينص على أنه : « لا يجوز لمتزوج أن

وقال الشافعى وأحمد : لا تحل له أبداً ، لقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — بعد أن فرق بين المتلاعنين : لا يجتمعان أبداً . ولقوله لمن لا عن

بعقد زواجه بأخرى ، ولا لأحد أن يتولى عقد هذا الزواج أو يسجله ، إلا بإذن القاضى الذى فى دائرة اختصاصه مكان العقد » و « لا يأذن القاضى بزواج متزوج إلا بعد التحرى وظهور القدرة على القيام بحسن المعاشرة والانفاق على أكثر ممن فى عصمته ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه » و « لاتسمع عند الإنكار أمام القضاء دعوى زوجية حدثت بعد العمل بهذا القانون إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية » .

ويقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى شيخ الجامع الأزهر الأسبق فى دفاعه عن هذا المشروع : « . . . ما قصدنا أن نقول أن الزواج بدون إذن القاضى غير صحيح ، ولم نحمل ولى الأمر على أن ينهى عن واجب . أو أن يخالف السياسة الشرعية إلى سياسة ظالمة ، ونحن أول من يقدر الحكمة فى تعدد الزوجات . ويقول : إن التعدد ضرورى للنوع الإنسانى ، لاعتبارات كثيرة ، يرجع بعضها إلى النسل ، وبعضها إلى إرضاء النفوس البشرية ، ولكن الشريعة الإسلامية وضعت للتعدد بل للزواج الأول نفسه قيوداً دقيقة ، لو عمل بها الناس لما احتاج أولو الأمر إلى التدخل ، ولما وجدت شكوى من التعدد . لم نغير بهذا القانون نصوص الإسلام ، بل الأمر على العكس أريد بهذا القانون رد الناس إلى نصوص الإسلام ، فهذه القواعد الخاصة بالزواج لاتخرج عن أن تكون من قبيل النهى عن المنكر ، ومع التساهل نقول : « إنها جعلت لولى الأمر التدخل فى منع بعض المباحات للمصلحة » (انظر : بحوث فى التشريع الإسلامى ص ٥٠ — ٥٨) . وفى مشروع القانون الموحد أعطى الزوجة الأولى حق طلب فسخ عقد الزواج بينها وبين زوجها ، إذا تزوج عليها دون رضاها ، وأعطيت الزوجة الجديدة حق الفسخ أيضاً إذا لم تكن عالمة بزواجه بالأولى ، وقد أقرت لجنة المراجعة هذا المبدأ مع تعديل جزئى فى بعض الاحكام ، وفى الصياغة القانونية ، ونرى أن ذلك أعدل علاج لمشكلات تعدد الزوجات ، وأقرب تحقيقاً لمصلحة المجتمع ، ومصالح الرجال والنساء ، أزواجا وزوجات ، من تزوجت ومن لم تتزوج ، من غير إفراط ولا تفريط .

زوجته : لا سبيل لك عليها . وقد يجاب عن هذا من قبل أبى حنيفة بأن هذا التأبيد فى الحرمة إنما هو فيمن لم يكذب نفسه .

ولا تكاد توجد فى مصر الآن مشكلة لتعدد الزوجات ، وانظر الدراسة التحليلية للجهاز المركزى للتعبئة والإحصاء ، التابع لرياسة الجمهورية والتى جاءت فى آخر الكتاب ، لتعلم أن من يتحدثون عن ذلك فى واد من الجهل بالإسلام ، والجهل باحوال المجتمع ، والولاء للنظم الأوربية ولو كانت اباحية وفاحشة .

ثم اقرأ مانشرته (الموند ديبلوماتيك) — مايو ١٩٦٩ — ملحق خاص بعنوان « تونس تجربة فريدة فى ملتقى افريقيا بالشرق » — حديث مع رئيس الجمهورية ، ص٢٦ — جان لوكوتير ، حيث يقول رئيس الجمهورية : أهم ماأنجزنا هو ما يتعلق بالمرأة سواء فى المدن أو القرى . وذلك لاننا نعتبر المرأة كائنا إنسانياً ، وأنت تعلم كيف كانت تعامل فى الماضى فى عصور الانحطاط ، فمركزها الأقل من الرجل زاد فيه الاعتبارت الدينية ، فالدين والقرآن وضعاها فى مركز أدنى كثيراً من الرجل ، فهى أقل ذكاء ، وحقها فى الميراث أقل ، وقد خلقت لانجاب الأطفال ، وهذا هو كل شىء . والقانون الذى عدل مركز المرأة والزواج والذى حرم تعدد الزوجات ، صدر فى ١٣ أغسطس ١٩٥٦ ؛ وقد اعتمدت على مركزى الشخصى الذى حصلت عليه من نضالى ضد الاحتلال الأجنبى!!!! ، وليس من السهل أن تعمل شيئاً يتعارض مع القرآن ، وأنا متأكد أن المسلمين فى البلاد الإسلامية الأخرى متفقون معنا فى الراى ، ولكنهم لا يجرءون على الجهر . بذلك . نقله عن المجلة الأستاذ الدكتور محمد عبد الجواد أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة القاهرة وأترك لك التعليق !!!!؟؟!!!!؟؟!!!؟!!؟؟؟!!!؟؟!!!؟ !!!؟؟؟ . . . . ++×

الولاية فى الزواج

تعريف الولاية :

٤٠ — الولاية سلطة شرعية يكون لصاحبها القدرة على إنشاء العقود نافذة أى تترتب عليها آثارها .

وهى نوعان : ولاية قاصرة تثبت لكامل الأهليـــة على نفسه ، وولاية متعدية تثبت له على غـــيره ، ولا تثبت الولاية المتعدية إلا لمن تثبت له الولاية القاصرة ، فان من لا يملك أمر نفسه لا يملك أمر غيره من باب أولى .

ثم إن الولاية المتعدية فى الزواج أنواع ثلاثة عند الفقهاء :

(١) ولاية اجبار واستبداد(١) ينفرد صاحبها بتنفيذ العقد على المولى عليه رضى أم كره .

(٢) ولاية شركة واختيار ، يكون لصاحبها تولى عقد الزواج بعد الاشتراك مع المرأة فى اختيار الزوج .

(٣) ولاية ندب واستحباب ، يكون لصاحبها تولى عقـــد الزواج عن المرأة ، من باب المحافظة على محاسن العادات ، وصيانة المرأة عن حضور هذا العقد بمحضر من الرجال ، مما يمنع منه حياء المرأة وتصونها .

الولاية فى المذهب الحنفى :

٤١ — يثبت الحنفية ولاية الإجبار على الصغير وعلى الصغيرة بكرا كانت أو ثيباً ، وعلى المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ، لأن فاقد الأهلية أو ناقصها لا يدرك المصلحة فى عقد الزواج ، وقد تدعو الحاجة والمصلحة إلى تزويج أحدهم، تحقيقاً لمنفعة أو منعاً لمضرة ، فيقوم بذلك وليه .

(١) استبد بالأمر : انفرد به من غير مشارك له فيه (المصباح المنير) .

فإذا بلغ الصغير عاقلا زالت عنه هذه الولاية ، وكان له تولى عقد زواجه بنفسه .

أما الصغيرة فإنها إذا بلغت عاقلة تتحول هذه الولاية الإجبارية عليها إلى ولاية ندب واستحباب ، بمعنى أنه يجوز لها بكراً كانت أو ثيباً أن تتولى عقد زواجها بنفسها ، ولا يملك الولى الاعتراض عليها فى هذا الشأن إلا إذا زوجت نفسها بغير كفء أو بمهر أقل من مهر المثل ، ولكن يندب لها ألا تتولى العقد بنفسها محافظة على حيائها وتصونها وعزتها ، وهو ما جرى عليه العرف ، ولهذا سميت هذه الولاية ولاية ندب واستحباب .

من تثبت لهم الولاية :

٤٢ — تثبت الولاية أولا للقريب العاصب بنفسه ، والعصبة بالنفس هو كل قريب من الذكور لا ينتسب إلى الشخص عن طريق الأنثى فقط ، سواء انتسب إليه مباشرة كالابن والأب ، أو بواسطة الذكر فقط كالأخ من الأب ، أو بواسطة الذكر والأنثى كالأخ الشقيق .

أما الأنثى فلا تكون عاصبة بنفسها ، لانعدام الذكورة ، فليست البنت والأخت من العصبات بالنفس ، وأما الذكر الذى تنفرد الأنثى طريقاً لقرابته فلا يكون عصبة أيضاً ، وذلك كالأخ من الأم والعم من الأم .

وإذا لم يكن للمولى عليه إلا قريب واحد من العصبات بالنفس كانت له الولاية ، فان كان له عصبات متعددون قدم أولاهم ، بحسب ترتيبهم فى الميراث ، وهم مرتبون فيه على الوجه الآتى :

(١) الفروع الذكور ، وهم الأبناء وأولادهم مهما نزل حبل النسب ، وهؤلاء من جهة البنوة .

(٢) الأصول الذكور ، وهم الأب والأجداد الذين من جهته مهما علا حبل النسب ، وهؤلاء من جهة الأبوة .

(٣) فروع الأب ، وهم الإخوة أشقاء أو لأب وأبناؤهم مهما امتدت سلسلة النسب ، وهؤلاء من جهة الأخوة .

(٤) فروع الجد ، وهم الأعمام سواء أكانوا أشقاء أم كانوا لأب وأبناؤهم، مهما طال حبل النسب ، وهؤلاء من جهة العمومة .

فيقدم العصبات من جهة البنوة على باقي العصبات من جميع الجهات ، فاذا كان لمعتوهة أب وابن قدم الابن[1] ، ويقدم العصبات من جهة الأبوة على العصبات من جهة الأخوة أو العمومة . فاذا كان لصغيرة أب وأخ وعم قدم الأب عليهما ، ويقدم العصبات من جهة الأخوة على العصبات من جهة العمومة ، فاذا كان لصغيرة أخ وعم كانت الولاية للأخ .

وإذا تعدد العصبات من جهة واحدة ، قدم من كان أقربهم درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجد ، ويقدم الأخ ولو كان من الأب على ابن الأخ ولو كان الأخ شقيقاً ، و يقدم العم على ابن العم كذلك .

فان تساووا فى الجهة والدرجة قدم من كان أقوى قرابة ، فمن كان قريباً للمولى عليه من جهتى الأب والأم ، يكون أحق بالولاية عليه من قريبه من جهة واحدة وهى جهة الأب فقط ، وعلى هذا يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق على إبن الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، وابن العم الشقيق على ابن العم لأب .

فان تساووا فى كل هذا ، بأن اتحدث جهتهم ودرجتهم وقوة قرابتهم ،

---

(١) خالف فى ذلك محمد صاحب أبى حنيفة ، وقال : ان الأب أولى ، لوفرة شفقته وكثرة تجاربة وخبرته ، ولأن الأب تكون له الولاية على المال والولاية على النفس ، بخلاف الابن الذى لا تكون له ولاية على المال ، فكانت الأبوة فى باب الولاية أولى وأقوى ، وقد اعتبرهما أبو يوسف فى مرتبة واحدة ، لأن فى كل منهما اعتبارا يقتضى تقديمه وأولويته ، فنى الأب وفرة الشفقة وثبوت الولاية المالية ، وفى الابن التقديم فى الميراث ، ويرى الفقيه الكاسانى أن يتولى الأب العقد بتفويض من الابن مراعاة لمكانته ، وخروجا من خلاف الفقهاء .

ثبتت الولاية لكل واحد منهم ، إذ لا مرجح لأحدهم على الآخر حتى يتقدم عليه . فإذا كان للصغيرة أخوان شقيقان ، كان لكل منهما تولى عقد زواجها ، فإن زوج كل منهما الصغيرة كان عقد الأول صحيحاً ، وكان عقد الثانى باطلا ، لوروده على زوجة الغير[1] ، فإن جهل السابق من العقدين أو تم العقدان فى وقت واحد ، كان العقدان باطلين ، إذ لا سبيل إلى القول بصحتهما معاً ، ولا إلى القول بصحة واحد منهما لعدم وجود مرجح يقتضى ذلك ، فلم يكن إلا القول ببطلانهما معاً .

فإذا لم يوجد للمولى عليه أحد مطلقاً من هؤلاء العصبات من النسب ، أو كان الموجود منهم ليس أهلا للولاية ، لعدم تحقق شروطها فيه ، انتقلت الولاية إلى أقاربه غير العصبات عند أبى حنيفة ، وفى رواية عن أبى يوسف ، وقد اختلف فى ترتيب هؤلاء فى استحقاق الولاية ، والراجح فى ذلك أن أولاهم الأم ، ثم الجدة أم الأب ، ثم الجدة أم الأم ، وهؤلاء من الأصول ، ثم البنت ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت ، وهكذا ، وهؤلاء من الفروع ، ثم الجد أبو الأم . ثم فروع الأبوين ، بتقديم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأب ، ثم الأخ والأخت لأم ، ثم أولاد الأخوات بنفس الترتيب ، ثم فروع الجدين ، بتقديم العمات من أى جهة ، والأعمام لأم ، ثم الأخوال والخالات ، ثم أولادهم .

فإذا وجد للصغير واحد من هؤلاء كان هو صاحب الولاية ، فان تعددوا كان تقديمهم بهذا الترتيب . فإن وجد له اثنان فى مرتبة واحدة ، كأختين شقيقتين ، ثبت لكل منهما الولاية ، كما بينا فى العصبات .

فاذا لم يوجد قريب أصلا لا من العصبات ولا من غيرهم ، كانت ولاية التزويج للحاكم ، يقول — عليه الصلاة والسلام — : « السلطان ولى من لا ولى

---

(١) وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة زوجها وليان ، فهى للأول منهما » (سبل السلام ج ٣ — ص ١٣٥) .

له ، وينوب عن الحاكم فى ذلك القضاة ، وقد نصت المادة ٢٨ من لائحة المحاكم على أن تزويج من لا ولى له من الايتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين فى دوائر اختصاصهم .

وينبنى على هذا أن الولاية لا تنتقل إلى القاضى إلا إذا لم يوجد قريب أصلا عند أبى حنيفة وهو المفتى به والذى عليه العمل ، ويرى محمد وأبو يوسف فى رواية أخرى أن الولاية تنتقل إلى الحاكم إذا لم يوجد عاصب ، إذ لا ولاية لغير العصبات من الاقارب ، فقد روى على — رضى الله عنه — عن النبى — صلى الله عليه وسلم — قوله : « النكاح إلى العصبات » كما أن هذه الولاية قد ثبتت للعصبات . لأنهم الذين يعنيهم زواج القريب ومصلحته ، ويصيبهم فخاره أو عاره ، وليس غيرهم فى قوة قرابتهم حتى يقاس عليهم ، ولكن أبا حنيفة يقول : إن الولاية قد شرعت لمصلحة المولى عليه ، ومن مصلحته إثباتها لاقاربه غير العصبات لانهم أوفر شفقة ، وأكثر معرفة ودراية بمصلحته وأحواله من القاضى الذى لا تربطه بالمولى عليه رابطة من القرابة التى تدعو إلى الشفقة ، ولا يتسع وقته لاستقصاء الظروف التى تحيط بزواجه كالقريب ثم انهم يعنون بهذه المصاهرة ويتأثرون بها كما يتأثر القريب العاصب ، بل قد يكون ذلك أقوى وأظهر فى بعضهم كالأم من بعض العصبات الذين تبعد قرابتهم ، أما حديث على الذى استدل به الصاحبان، فانما يثبت الولاية للعصبات عند وجودهم ، فاذا لم يوجد أحد منهم ، كانت الولاية لغيرهم من الأقارب ، وليس فى الحديث ما ينفيها .

شروط استحقاق الولاية :

٤٢ — يشترط فيمن تكون له الولاية أن يكون كامل الاهلية بالعقل والبلوغ ، وأن يكون متحداً فى الدين مع المولى عليه ، يقول الله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » كما أن اتحاد دين كل منهما يجعل الولى أقدر على تحقيق مصلحة المولى عليه التى تدخل فى تقديرها اعتبارات وأحكام

دينية ، فاذا كان للصغيرة أخوان شقيقان ، أو عمان شقيقان ، وكان أحدهما مسلماً والآخر مسيحياً ، كانت ولاية التزويج للمسلم ، إذا كانت الصغيرة مسلمة ، وللمسيحى إذا كانت مسيحية .

ولا يشترط فى الولى أن يكون موصوفاً بالعدالة — وهى اجتناب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر ، والبعد عن كل ما يقدح فى المروءة — بل تجوز ولاية الفاسق ، لأنه أهل للولاية على نفسه وهى الولاية القاصرة ، فتكون له الولاية المتعدية على غيره ، ولأن مبنى الولاية على الشفقة ورعاية المصلحة للمولى عليه ، ولا يمنع الفسق من ذلك ، إلا أنه إذا كان الولى فاسقاً مجاهراً لا يبالى بأفعاله ولو كانت سيئة ، فانه مع ثبوت ولايته لا ينفذ عقد زواجه للمولى عليه إلا إذا كانت المصلحة فيه متحققة وظاهرة .

غيبة الولى :

٤٤ — قررنا أن الولى الأقرب هو صاحب الولاية فى الزواج ، وليس لمن يليه فى المرتبة أن يتولى التزويج فى حضوره ، فإذا تولى الولى البعيد الزواج مع حضور الولى الأقرب ، كان فضولياً فى ذلك ، وأخذ عقده حكم عقد الفضولى ، فيكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن وهو الولى الأقرب ؛ إلا أنه إذا غاب الولى الأقرب ، وكان الخاطب كفئاً لا ينتظر حضور الولى الأقرب ولا استطلاع رأيه ، كان لمن يليه تولى عقد الزواج ، لأن انتظاره يفوت مصلحة المولى عليه ، وهى الغرض المقصود من إثبات الولاية عليه .

عضل الولى :

٤٥ — وإذا امتنع الولى الأقرب عن تزويج من له الولاية عليها مع وجود الخاطب الكفء الذى يدفع مهر المثل كان عاضلا وظالما ، وانتقلت الولاية الثابتة له إلى القاضى فى الرأى الراجح فى المذهب الحنفى ، لأن العضل والامتناع

عن التزويج فى هـذه الحالة ظالم ، والذى يرفع الظلم هو القاضى ، ويرى بعض الفقهاء أن الولاية تنتقل إلى من يليه فى المرتبة قياسا على حالة الغيبة .

والفرق بين الحالتين — على الرأى الراجح — أن امتناع الولى قد يكون لسبب معقول ومشروع ، مثل أن يرى عدم كفاءة الخاطب ، أو أن ينتظر خاطبا آخر أصلح فى طريقه إلى خطبتها ، أو أن يرى عدم بلوغ المهر مهر مثلها ، فلو أعطينا لمن يليه فى المرتبة الحق فى التزويج — وكان يرى ما لا يراه الأقرب — لكان فى ذلك ترجيح رأى الولى البعيد على رأى الولى القريب ، دون تحقق من رجحان رأى البعيـد ، فتنتقل الولاية إلى القاضى الذى يبحث الأمر من جميع نواحيه .

٤٦ — هـذه هى أحكام ولاية التزويج ، والمعمول به هو أحكام المذهب الحنفى ، مع بعض القيود القانونية التى رآها المشرع المصرى بالنسبة لزواج الصغير والصغيرة ، فقد منع — كما بينا — موثقى العقود من إجراء عقد زواج الصغار ، حتى يبلغ الصغير ثمانى عشرة سنة ، والصغيرة ست عشرة سنة ، ومنع القضاة أيضاً من سماع دعاوى زوجياتهم وما يترتب عليها إلا إذا بلغ الصغير والصغيرة هذه السن وقت رفع الدعوى .

وننبه إلى أن هذه القيود القانونية لم تسلب الأولياء حقهم فى الولاية ، ولم تمنع صحة العقد الذى يجريه هؤلاء الأولياء إذا استوفى شروطه الشرعية ، ولا التصادق عليه بعـد بلوغ السن القانونية ، وغاية ما هناك أن الموثقين يمتنعون عن توثيق العقد ، وأن القضاة لا يسمعون الدعاوى التى تكون بين الزوجين فى شـــأنه .

وقد أصبـح زواج الصغار فى مصر الآن غـــير معروف نتيجة لهذه القيـــود ، خوفا من حدوث خلاف بين الزوجين لا يتولى القانون والقضاء الفصل فيه .

وهذه التشريعات التي صدرت في مصر لا تعتبر غريبة على الفقه الإسلامي ، فقد ذهب الأئمة : عثمان البتي ، وأبو بكر الأصم ، وابن شبرمة ، إلى أنه لا ولاية على الصغار في أمر تزويجهم ، لأن الولاية إنما تثبت للحاجة إليها ، وليس بالصغير حاجة إلى الزواج ، وتزويجه وهو صغير لا يثمر ثمراته إلا ببلوغه ، فلا حاجة إليه قبل ذلك ، والله سبحانه وتعالى يقول : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » مما يدل على أن بلوغ سن النكاح يكون بانتهاء مرحلة الصغر ، على أن في تزويج الصغير ضرراً به ، لعدم استفادته بالزواج وهو صغير ، حتى إذا مابلغ سن الزواج وجد نفسه وقد فرضت عليه زوجية قد لا يكون له حاجة فيها ولا رغبة إليها ، وإذا استطاع في بعض الأحيان أن يتخلص من العقد والتزاماته فإنه لا يستطيع في أحيان أخرى (١) .

٤٧ — وقد أثبت الفقيه ابن حزم الولاية على الصغيرة البكر فقط . لما ورد من أن النبي — صلى الله عليه وسلم — تزوج عائشة وهي بنت ست سنين بولاية أبيها أبي بكر ، أما الصغير فلم يثبت الولاية عليه ، حيث لم يرد في ذلك نص ، ولا يصح عنده قياسه على الصغيرة ، وكما اختلف حكم الولاية في زواجهما بعد البلوغ فانه يختلف قبله .

أما جمهور الفقهاء فيرون إثبات الولاية على الصغار ذكوراً أو إناثا في أمر تزويجهم ، ودليلهم قوله تعالى : « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن » حيث بينت الآية الكريمة عدة من لم يحضن وهن الصغيرات دون البلوغ ، والعدة إنما شرعت أثراً من آثار الزواج وحكما من أحكام الفرقة بعده . فدل هذا على صحة تزويجهن ، وقد حدث هذا

---

(١) وقد رأى مشروع القانون الموحد بطلان زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ ، ومنع تزويج المجنون والمعتوه ذكراً كان أو أنثى إلا إذا أذنت المحكمة به ، وقد أقرت لجنة المراجعة هذا المبدأ .

فى زواج عائشة ، كما زوج ابن عمر بنتا صغيرة له من عروة بن الزبير ، وليس هناك فرق بين الصغير والصغيرة فى ذلك .

وما احتج به ابن شبرمة ومن معه لا يشهد لهم ، لأن كون عقد الزواج لا يثمر ثمراته ولا يحقق مقاصده إلا بالبلوغ ، لا يمنع من صحة الزواج قبل البلوغ، لأسباب قد تدعو إلى ذلك ، ومنها وجود الكفء الذى قد لا يوجد بعد البلوغ ، والأمر فى هذا الزواج مماثل لشراء الولى عقاراً للصغير من مال الصغير . فانه جائز ولو كان العقار لن يعطى غلة وإيراداً إلا بعد بلوغ الصغير ، وقولهم أيضاً إن الصغير يبلغ مقيداً بقيد زوجية قد لا يرغب فيها غير صحيح ، لأن له الحق فى فسخه عند البلوغ فى بعض الأحوال ، والحالات التى يلزم فيها عقد الزواج بالنسبة له يكون الولى المزوج أشفق الناس على الصغير وأدراهم بمصلحته .

انعقاد الزواج بعبارة النساء

٤٨ — بينا أن الأحناف يجعلون للمرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً الحق فى تولى عقد زواجها بنفسها ، بل يجعل بعضهم للمرأة الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها فى بعض الأحوال على الوجه الذى بيناه سابقا ، وقد خالف جمهور الفقهاء ومنهم مالك والشافعى وأحمد فى هذا [1] . وذهبوا إلى أن المرأة

---

(١) ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٨ وما بعدها : اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ، فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولى ، وأنها شرط فى الصحة فى رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز ، وفرق داود بين البكر والثيب ، فقال باشتراط الولى فى البكر ، وعدم اشتراطه فى الثيب ، وعلى رواية ابن القاسم عن مالك أن الولاية سنة لا فرض ، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح ، فضلا عن أن يكون فى ذلك نص ، بل الآيات والسنن كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها الفريق الآخر ، والأحاديث مع كونها محتملة فى ألفاظها مختلف فى صحتها إلا حديث ابن عباس . ويقول بعد ذلك : وأما احتجاج الفريقين من جهة المعنى فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح ، كما يكتفى به فى التصرف فى المال ، وقد يقال إن المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بالحجر عليها لذلك ، ولأن ما يلحقها من العار فى إلقاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكفى فى ذلك أن يكون للأولياء الفسخ ، فالمسألة محتملة ، لكن الذى يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم . ومعنى ذلك ترجيحه للمذهب الحنفى.

لا تتولى عقد الزواج مطلقا لا بالأصالة ولا بالنيابة ، وإنما يتولاه عنها وليها الذى تكون له ولاية الإجبار عليها إذا كانت صغيرة أو كانت بكراً بالغة ، فاذا كانت كبيرة ثيبا ثبتت عليها ولاية الشركة والاختيار .

ويستدل الأحناف على مذهبهم بأن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية قد أسندت الزواج إلى النساء ، فدل ذلك على أن المرأة لها ولاية التزويج .

ومن الآيات القرآنية قول الله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فهذه الآية قد أسندت النكاح إلى النساء ، ونهت عن منعهن من تزويجهن أنفسهن ، وكذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

ومن السنة قوله — عليه الصلاة والسلام — « الأيم أحق بنفسها من وليها » (١) وقوله : « الثيب أحق بنفسها من وليها » وقوله : « ليس للولى مع الثيب أمر » (٢) . ثم يقولون : إن المرأة تم أهليتها بالبلوغ والعقل ، فتكون لها الولاية كاملة على نفسها وعلى مالها (٣) ، وقد أطلقت يدها فى مالها نتيجة لكمال أهليتها ، فيجب أن تكون لها الولاية كذلك فى أمر زواجها . وإذا كان الولى

---

(١) الأيم هى المرأة غير المتزوجة بكراً أو ثيبا وهذا جزء من حديث رواه ابن عباس وقد اتفق على صحته .

(٢) رواه أبو داود والنسائى وصححه ابن حبان (سبل السلام ج٣ ص ١٢٩).

(٣) ويفرق الفقيه المالكى القرافى بين ولاية الزواج وولاية المال ، حيث ثبتت الثانية للمرأة دون الأولى من وجوه كثيرة ، منها أن عرض المرأة وعفافها وشرفها أعظم شأنا من مالها ، لأن الأموال مهما عظمت حقيرة بالنسبة للشرف ، ومنها أن الزواج يسيطر عليه الهوى والشهوة القاهرة والعاطفة القوية ، وليس فى المال مثل ذلك ، ومنها أن ما يصيب المرأة فى شرفها بسبب تزوجها بغير الكفء يصيب أولياءها بالعار والفضيحة ، أما ما يصيبها فى مالها بسبب سوء تصرفها فيه فإنه لا يتعدى إليهم (الفرق الرابع والخمسون والمائة من فروق القرافى ج ٣ ص ١٧٠) .

يتأثر بهذا الزواج ، فإن من حقه الاعتراض عليه إذا تزوجت بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل [1] .

أما جمهور الفقهاء فيستدلون بالآيات القرآنية التى جعلت الزواج من حق الأولياء ، وذلك مثل قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » كما استدلوا أيضاً بالآية التى استند إليها الحنفية وهى قوله تعالى : . . فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ووجه استدلالهم بها أن الخطاب موجه إلى الأولياء نهيا لهم عن عضل النساء أى منعهن من الزواج ، ولو لم يكن لهم ولاية الزواج لما نهوا عن العضل فيه . ويقول الشافعى : إن هذه أصرح آية فى اعتبار الولى وإلا لما كان لعضله معنى ، وقد نزلت الآية فى معقل بن يسار الذى زوج أخته فطلقها زوجها طلقة رجعية وتركها حتى انقضت عدتها ، ثم أراد زوجها إعادتها ، فحلف معقل ألا يزوجها له ، فلما نزلت الآية كفر معقل عن يمينه وزوجها له ، فلو كان لها تزويج نفسها لم يعاتب أخاها على الامتناع ، ولكان نزول الآية لبيان أنها تزوج نفسها [2] .

---

(١) يرى أبو يوسف أن الولى ليس له الاعتراض على نقصان المهر عن مهر المثل ، لأن نقصانه لا يوجب العار الدائم ، ولأن المهر بعد العقد يصبح خالص حقها فتستطيع إبراءه منه ، فلا فائدة من هذا الاعتراض وتكميل المهر إلى مهر المثل ، ويجاب عن ذلك بأن ما يعنى الولى هو الاعتبار الأدبى بذكر مهر المثل فى العقد ، دفعا للعار ولو فى الحاضر ، أما ما يكون من المرأة بعد ذلك وإبرائها لزوجها فلا تأثير له .

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ١٣٠ ، هذه او قد تصدت لجنة المراجعة لمشروع القانون الموحد ، فتخيرت من بين آراء الفقهاء فى ولاية تزويج المرأة ، ونسقت بينها وبين قانون الولاية على المال ، بما يحقق مصلحة أوليائها ، فرأت أن تكون ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى للعصبة بالنفس ، واشترطت اجتماع رأى الولى والمولى عليها ، ورأت صحة العقد إذا باشرته الفتاة بعد رضا

ثم يستدلون بالأحاديث التى تدل على اشتراط الولى فى الزواج ، ومن ذلك قوله — عليه الصلاة والسلام — : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وقوله : « أيما امرأة نكحت بغير أذن وليها فنكاحها باطل » وقوله : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها » .

ثم يقولون : إن الزواج يمتد لغايات أبدية سامية ، ويندمج به الزوج فى أسرة زوجته ، فمن الواجب العناية باختياره وانتقائه ، والمرأة لا تحسن ذلك ، لضعفها أمام عاطفتها وهواها ، ولعدم خبرتها بشئون الرجال وأخلاقهم وأسرارهم ، وإنما يحسن ذلك كله وليها الذى يعنيه أمرها كما يعنيها ، ويختار لها ولنفسه عن خبرة بالرجال ومخالطة لهم دون أن يتأثر بهوى أو طيش ، ومن هنا كانت الولاية على البكر ولاية إجبار وانفراد لانعدام درايتها [١] ومعرفتها ، أما الثيب — وقد خبرت الزواج والأزواج — فتكون الولاية عليها ولاية شركة واختيار ، يجبر بها الولى نقصان خبرتها [٢] .

الولى ، وإذا انفرد أحدهما بالعقد قبل رضا الآخر كان العقد موقوفا على إجازته . فإذا بلغت البنت سن الرشد كان لها أن تزوج نفسها ، فإذا كان زواجها بعد الحجر عليها للسفه اعترض وليها المالى على ما نقص من مهر مثلها .

(١) ولا يرضى الفقيه ابن القيم عن هذا ، ويعبر عن ذلك بقوله : إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها فى أقل شىء من ملكها إلا برضاها ، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يزفها ، ويخرج منها نفسها وجسمها بغير رضاها إلى من يريده هو ، وهى من أكره الناس له ، وهو أبغض شىء إليها ، ومع هذا ينكحها إياه قهرا ويجعلها أسيرة عنده .

(٢) وقد كان المعمول به فى السودان هو المذهب الحنفى ، حتى حدثت بعض الحوادث التى جعلت المشرع السودانى يعدل عنه ، لما يعطيه للمرأة من حرية فى تولى عقد زواجها ، فاصدر قاضى القضاة المنشور رقم ٣٥ بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ واستقى أحكامه من مذاهب جمهور الفقهاء غير الاحناف ، واعتمد بصفة خاصة على أحكام المذهب المالكى الذى يقلده السودانيون .

. . . .

وقد تضمن هذا المنشور أن الولى للمرأة بشروطه الشرعية شرط لصحة الزواج شرعا ، فلا ينعقد زواج بدون ولى ، وأن العاقدين الزواج هما الولى والزوج أو من يقوم مقامهما (مادة ١) .

وأن الأولياء قسمان : أولياء لهم حق الاجبار وهم الأب الرشيد أو وصيه ، وأولياء ليس لهم ولاية الاجبار وهم من عداهما (مادة ٢) و (مادة ١١) .

وأن للأب الرشيد أن يجبر بنته الصغيرة ولو ثيبا ، والبكر البالغ إلى ثلاث وثلاثين سنة ، إلا لذى عاهة كخصى ومجبوب وعنين ومجنون وأبرص ومجذوم وسائر المعيبين بعيب يرد به الزوج سواء أكانت بكراً حقيقية أو حكما (مادة ٣) .

أما الصغيرة الثيب التى خلت من الزواج بموت أو طلاق ثم بلغت فلا تجبر على الزواج (مادة ٥) .

وكذلك البنت البالغة التى زالت بكارتها بعقد زواج صحيح أو زواج فاسد لا حد فيه ، والبنت البكر التى رشدها أبوها بعد البلوغ بقوله لها: رشدتك أو أطلقت يدك أو نحوه . . لا يملك الأب جبرها (مادة ٦) .

وأن الكبيرة الثيب إذا ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها يجبرها أبوها على الزواج ، أما غيره من الأولياء فيرفع امرها إلى القاضى (مادة ٧) .

وفى الفترة التى طبق فيها هـــذا المنشور من تاريخ أصـــداره إلى الغائه فى ٢٨ / ٥ / ١٩٦٠ أساء بعض الأولياء الذين كانت لهم ولاية الاجبار التصرف فى تزويج بعض النساء ، فتدخل المشرع السودانى مرة أخرى ، وألغى بعض أحكام المنشور السابق وما ألحق به .

واشترط فى تزويج البالغة أن ترضى بالزواج والمهر وأن تأذن فى الزواج وقرر أن من تدعى البلوغ يقبل قولها فى ذلك مالم يكذبها الظاهر المحسوس .

ولأن الحياء يغلب على البكر اعتبر صمتها رضا بالزواج والمهر ، لأن الحياء يمنعها من القبول لا من الرفض .

. . . .

= وإذا كان السكوت قد اعتبر رضا من البكر قبل إتمام عقد الزواج ، فإنه لا يعتبر رضا إذا زوجها وليها بغير إذنها ، ثم أخبرها بالعقد فسكتت ، ولا بد من التصريح بالقول ، فإذا لم تقبل فسخ العقد (مادة ٧) لأن السكوت بعد العقد لم يبق قرينة على الرضا ، بل قد يكون استسلاما للأمر الواقع .

ونصت بعد ذلك المادة الثامنة على أن القاصرة إذا خيف فسادها تزوج بعد إذن القاضي إذا كانت قد أتمت عشر سنين ، وكان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل وكان الجهاز مناسباً .

ويتبين لنا من هذا أن المشرع السوداني قد ألغى ولاية الاجبار ، بالنسبة للبالغه العاقلة ، وجعل الولاية في الزواج ولاية شركة واختيار ، يتولى الولي العقد بعد رضا المرأة وإذنها بكراً كانت أو ثيباً ، فإن عضلها الولي زوجها القاضي .

الوكالة فى عقد الزواج

٤٩ — من المقرر فقها أن من ملك تصرفا من التصرفات القابلة للانابة [1] ، كان له الحق فى توليه بنفسه أو توكيل شخص آخر عنه . وعقد الزواج يقبل الإنابة ، فيجوز التوكيل فيه من الرجل ومن المرأة ، كما يجوز للولى أن يوكل غيره فى عقد زواج فاقد الأهلية وناقصها .

والتوكيل فى عقد الزواج لا يشترط لصحته شهادة الشهود ، لأنه أمر خارج عن عقد الزواج نفسه ، ولكن ينبغى الإشهاد عليه لإثباته عند إنكاره ، وروى عن الحسن بن صالح أنه تشترط فيه الشهادة .

والوكالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة ، والوكالة المطلقة هى التى صدر فيها التوكيل دون تقييد بشخص معين ولا أسرة معينة ولا مهر معين [2] ، والوكالة المقيدة هى التى صدرت مقيدة بقيد من هذه القيود السابقة .

٥٠ — والوكيل فى عقد الزواج سفير ومعبر عن إرادة الموكل فقط ، فلا ترجع حقوق العقد إليه ، فلا يطالب بالمهر إذا كان وكيلا عن الزوج ، فإن كفل الوكيل فى المهر طولب به بمقتضى الكفالة لا بمقتضى الوكالة ، ولا يطالب بتسليم الزوجة إذا كان وكيلا عن المرأة ، وتنتهى مهمته باتمام الصيغة ، وليس عليه تنفيذ آثارها .

وليس لوكيل الزوجة أن يقبض مهرها إلا بتوكيل خاص فى ذلك ، وقد يكون التوكيل صريحاً ، كقولها : وكلتك فى عقد زواجى وقبض مهرى ،

---

(١) الشهادة واليمين والقصاص غير قابلة للانابة .

(٢) ومن اللطيف الطريف أن أحد الفقهاء قرر أن الوكيل وكالة مطلقة لو زوجه بعجوز شمطاء شوهاء فوهاء خرقاء بلهاء ، لعابها سائل ، وعقلها زائل ، وشقها مائل ، و . . . . لزمته . وغفر الله له ولى ، ولعله كان يقصد الطرافة

وقد يكون التوكيل بدلالة العرف ، وذلك بالنسبة للأب والجد فى تزويج البكر ، فإن العرف قد جرى بقبضهما مهور بناتهما ، ليضيفا إليه من مالهما ما يشترى به جهازها ، ولأنه يكتفى منها بالسكوت نظراً لحيائها .

فإن كانت الموكلة ثيبا ، لم يكن للوكيل قبض المهر إلا بتوكيل صريح ، كما هو الحكم فى توكيل الزواج نفسه ، لأنها لا تستحى منه بحكم ممارستها للحياة الزوجية .

وكذلك إذا كان الوكيل فى عقد زواج البكر غير الأب والجد ، لم يكن له قبض المهر إلا بالتوكيل الصريح ، لعدم جريان العرف بالتوكيل الضمنى بالنسبة لغير الأب والجد ، كالأخ والعم .

الكفاءة فى الزواج

٥١ — الكفاءة شرط فى صحة الزواج عند أبى حنيفة فى رواية الحسن ابن زياد ، إذا كان للبالغة العاقلة ولى عاصب لم يوافق على الزواج لغير الكفء قبل العقد ، وفى رواية الكتب المعتمدة فى المذهب أنها شرط لزوم فى هذه الحالة بالنسبة للولى ، فيكون له الحق فى طلب فسخه .

وقد تكون شرط لزوم للمرأة إذا حصل تغرير بها من الزوج .

ومعنى الكفاءة :

٥٢ — والكفاءة فى الزواج (١) هى المماثلة والمساواة بين الزوجين فى أمور ينبنى عليها صلاح الزوجية وسعادتها ، ويترتب على الإخلال بها فشل الحياة الزوجية وعدم استقرارها ، وتعير الزوجة وأولياؤها بهذا الزواج .

آراء الفقهاء فى اعتبارها :

٥٣ — وقد اختلف الفقهاء فى اعتبار هذه الكفاءة ، فذهب فريق منهم إلى عدم اعتبارها مطلقاً (٢) ، لقول الله سبحانه وتعالى : « إن أكرمكم عند الله

---

(١) الكفاءة فى اللغة هى المماثلة والمساواة والمناظرة ، والكفء هو المثيل والنظير ، يقول الله تعالى عن ذاته العلية : « ولم يكن له كفوا أحد » ويقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم » .

(٢) يقول الصنعانى : « وللناس فى هذه المسالة عجائب لا تدور على دليل غير الكبرياء والترفع ، ولا إله إلا الله ، كم حرمت المؤمنات النكاح ، لكبرياء الأولياء واستعظامهم أنفسهم ، اللهم إنا نبرأ إليك من شرط ولده الهوى ، وربّاه الكبرياء . ولقد منعت الفاطميات . . ما أحل الله لهن من النكاح . . . وكل ذلك من غير علم ولا هدى ولا كتاب منير . بل ثبت خلاف ما قالوه عن سيد البشر » سبل السلام ، جـ ٣ ص ١٤٥ .

أتقاكم » وقوله عز وجل : « إنما المؤمنون اخوة » وقوله : «فاستجاب لهم ربهم أنى لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى ، بعضكم من بعض » وقوله : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » ولقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : «الناس كلهم ولد آدم ؛ وآدم من تراب » وقوله — فى خطبته فى حجة الوداع — : « ياأيها الناس ، إن ربكم واحد ، وإن أباكم واحد ؛ كلكم لآدم ، وآدم من تراب ، إن أكرمكم عند الله اتقاكم ، ليس لعربى فضل على أعجمى إلا بالتقوى » وقوله . « الناس سواسية كأسنان المشط ؛ لافضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » وقوله : « أربع من أمور الجاهلية لا يتركها الناس.. » وذكر منها الفخر بالأنساب ، وقوله : « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » .

وقد أمر النبي — صلى الله عليه وسلم — بنى بياضة ، بان يزوجوا مولاهم أبا هند — واسمه يسار — وقال لهم : « يابنى بياضة ، أنكحوا أبا هند ، وأنكحوا إليه » وقال : « إنما هو امرؤ من المسلمين » وقد كان أبو هند هذا حجاماً . .

كما أشار — عليه الصلاة والسلام — على فاطمة بنت قيس الفهرية بأن تتزوج أسامة بن زيد مولاها ، وزوج أباه زيد بن حارثة من ابنة عمته زينب بنت جحش القرشية . ولما خطب بلال إحدى نساء الأنصار ورفض أولياؤها تزويجها له ، قال له — صلى الله عليه وسلم — : « قل لهم: إن رسول الله أمركم أن تزوجونى »

وقد زوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد بن عتبة لمولاه سالم ، وتزوج المقداد ابن الأسود — وهو غير قرشى — بضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ، وهى قرشية ، وتزوج بلال بن رباح هالة أخت عبد الرحمن ابن عوف ، وعرض عمر ابن الخطاب بنته حفصة على سلمان الفارسى ، وقد خطب رجل من الموالى إحدى القرشيات ، وأعطاها مهراً كبيراً ، فأبى أخوها ، فبلغ ذلك عمر . فسأله :

ما منعك أن تزوجه ؟ فإن له صلاحا ، وقد أحسن عطية أختك . قال القرشى : ياأمير المؤمنين ، إن لنا حسبا ، وإنه ليس بكفء ، فقال عمر : لقد جاء بحسب الدنيا والآخرة ، أما حسب الدنيا فالمال ، وأما حسب الآخرة فالتقوى . زوج الرجل إن كانت المرأة راضية ، فراجعها أخوها فرضيت ، فزوجها به .

وهذا كله يدل على عدم اعتبار الكفاءة ، لأنه لو كان لها اعتبار ما أمر رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ باتمام هذه الزيجات ، ولا أشار بها ، ولما زوج الصحابة من لا يكافئهم .

ثم إن الكفاءة لو كان لها اعتبار فى الشرع الإسلامى ، لروعيت فى أمر القصاص ، فلا يقتل شريف بوضيع ، ولكنها لم تعتبر أصلا ، فكان عدم اعتبارها فى الزواج من باب أولى .

ومن هذا الفريق الذى لايعتبر الكفاءة سفيان الثورى ، ومن فقهاء الأحناف أبو الحسن الكرخى ، وأبو بكر الرازى .

٥٤ — وذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الكفاءة فى الزواج — على خلاف بينهم فى الأمور التى تعتبر فيها ـ وذلك لأن عقد الزواج يقصد به إنشاء أسرة مستقرة منسجمة ومتعاونة ، تتوافق فيها مشارب الزوجين ونزعاتهما، ولا يتحقق ذلك إلا بين المتكافئين . ومن أجل هذا يقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء » كما استدلوا بالأحاديث التى ستأتى عند تفصيل الأمور التى تعتبر الكفاءة فيها .

ويقولون : إن ما استدل به الفريق الأول ، لايشهد لهم ، لأن الآية الكريمة « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » يراد بها بيان أساس التكريم فى الآخرة ، وأن ذلك الأساس هو التقوى ، فلا ينفع مال ولا بنون ، ولا نسب ولا حسب ، ولا حرفة ولا صناعة .

وأما حديث « الناس كلهم ولد آدم » وحديث « الناس سواسية » فيراد بهما

أن الناس متساوون فى حقوقهم وواجباتهم ، لا فى درجاتهم ومراتبهم الدنيوية ، لأن تفاضلهم فيها أمر واقع وملموس .

وأما الزيجات التى استشهدوا بها ، فإنها قد تمت برضاء الزوجة ووليها ، وليست الكفاءة حقا من حقوق الشارع أى من النظام العام بحسب تعبير رجال القانون الوضعى ، وإنما هى حق من حقوق المرأة والولى ، لهما اسقاطه والتنازل عنه ، وهذا ماحدث فى هذه الزيجات .

٥٥ — والقائلون باعتبار الكفاءة واشتراطها فى الزواج ، قد اختلفوا فى الأوصاف التى تعتبر فيها ، فذهب مالك إلى اعتبار الكفاءة فى التدين والتقوى[١] استدلالا بالآية الكريمة : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » وبحديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « لافضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » وإلى اعتبارها فى السلامة من العيوب التى لا تمكن معها العشرة الزوجية إلا بضرر ، فالرسول يقول : « لاضرر ولاضرار » .

وذهب أحمد — فى رواية عنه — إلى اعتبار الكفاءة فى الدين ، وفى المنصب — أى الحسب والنسب ، وفى رواية أخرى — إلى اعتبارها فى الحرية ، وفى الصناعة ، وفى اليسار أيضاً .

وذهب الشافعى إلى اعتبار الكفاءة فى الدين فقط فى إحدى الروايات عنه ، وإلى اعتبارها فى الأمور الخمسة التى اعتبرها الإمام أحمد ، وزاد عليها السلامة من العيوب المنفرة . ثم زاد بعض متأخرى الفقهاء الشافعية وصفا سابعا ، وهو تساوى الزوجين فى السن أو تقاربهما ، بمعنى أن الشيخ الهرم لا يكون كفئا للفتاة الشابة [٢] .

---

(١) ويرى ابن القيم اعتبار الكفاءة فيه فقط (زاد المعاد جـ ٢ص ٢٢٦) .

(٢) وبذلك استأنس المشرع السورى فنص فى المادة ١٩ من قانون الأحوال الشخصية على أنه « إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا ولم يكن مصلحة فى هذا الزواج فللقاضى ألا يأذن به » وذلك لما يؤدى إليه التفاوت الفاحش فى السن بين الزوجين من اضطراب الحياة الزوجية والفساد الخلقى (المذكرة الإيضاحية) .

وأما المذهب الحنفى فقد اعتبر الكفاءة فى أمور سبعة هى :

١ — النسب ٢ — الإسلام ٣ — الحرية ٤ — المال ٥ — الغنى
٦ — التدين والتقوى ٧ — الحرفة (١).

ونبين كلا منها :

أولا — النسب :

وقد قالوا : إنه معتبر بين العرب دون غيرهم من الأعاجم . فلا يكون غير العربى كفئا للعربية ، ولا العربى غير القرشى كفئا للقرشية ، لما روى عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، بطن

---

(١) ولم يأخذ مشروع القانون الموحد بمذهب الحنفية ، وإنما نص على أن العبرة فى الكفاءة للصلاح فى الدين ولعرف البلد .

أما لجنة المراجعة فقد رأت أن التطور الاجتماعى أصبح لا يعتد من بين ماذكر فقهاء المذهب الحنفى إلا بالمعتاد لتكوين القرابات ، ودوام الألفة ، وانتظام الأسر ، وأن العناصر الكافية هى :

١ — صلاح الزوج دينا ، ويتناول الأخلاق الفاضلة وبخاصة ما تحتاج إليه الأمة فى حياتها السياسة والاجتماعية والاقتصادية .

٢ — التقارب فى الحرفة ، ومعياره العرف العام . وهذا لا يتعارض مع ما تعمل عليه الدولة من تذويب الفوارق بين الطبقات ، وفيه مراعاة للشعور العام .

٣ — المال ، وتحقق الكفاءة فيه بالقدرة على النفقة ولو من طريق الكسب دون التفات الى المهر ، ولا الى التفاوت فى الغنى واليسار . كما أخذت برأى من لا يعتبرون الكفاءة ، إذا كان الولى غير الأب والجد الصحيح ، واستندت إلى هذا الرأى بالنسبة للولى الذى يتصف بما اتصف به الزوج أو يقرب منه ، وفيما إذا انقضت سنة على العلم بالزواج ، لأن الأولى هو استقرار الحياة الزوجية فى هذه الحالات.

ببطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة، والموالى بعضهم أكفاء لبعض، رجل برجل » وقوله : « قدموا قريشا ولا تقدموها (١) » كما روى أبو إسحاق الهمدانى أنه قد خرج سلمان وجرير فى سفر ، فلما أقيمت الصلاة ، قال جرير لسلمان: تقدم أنت ، قال سلمان: « بل تقدم أنت ، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم فى صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد وجعله فيكم » .

وقد استدل بمجموع هذا على اعتبار الكفاءة فى العروبة وفى القرشية . وعلى أن غير العرب لا اعتبار للكفاءة بينهم فى النسب ، وذلك راجع إلى ما جرى به عرف العرب دون غيرهم من الاعتزاز بالأنساب ، والتفاخر بالقبائل والأسر، والتعيير بنسب من هو دونهم فيها .

فإذا جرى عرف غير العرب بمثل هذا الاعتزاز والتفاخر ، وجب اعتبار الكفاءة بينهم كذلك ، وبهذا قال بعض فقهاء الشافعية ، بل روى عن الإمام الشافعى نفسه .

ثانياً ـ الاسلام :

وقد قالوا باعتباره بين الأعاجم فقط ، لجريان العرف فيما بينهم على الافتخار والتباهى بالسبق إلى الإسلام ، وسبق الأجداد والآباء إليه ، ومن ذلك ما يروى أن بعض العرب قد تفاخروا بأنسابهم ، وسلمان الفارسى جالس معهم ، فقال لهم : وأنا ابن الإسلام . فلما علم بذلك عمر بكى وقال : « وعمر ابن الإسلام » .

وعلى هذا لا يكون من أسلم وحده دون أن يكون قد سبقه إلى الإسلام أحد من أصوله كفئا لمن لها أب مسلم .

---

(١) يرى بعض العلماء أنه لم تثبت فى اعتبار الكفاءة فى النسب صحة أى حديث .

وننوه بأن أبا حنيفة ـ وهو فارسى النسب ـ يقول بالكفاءة فى النسب ـ على الوجه المذكور . بحيث لا يكون الفارسى كفئا للعربية ، بناء على ما رآه من صحة الأحاديث ، دون مبالاة بأصله ، فإن اعتزازه بالاسلام وباستجابته لأحكامه ، بينما لا يقول بها غيره ومنهم الشافعى العربى ، بناء على ما رأوه من عدم صحة هذه الأحاديث ، دون التفات إلى النسب العربى ، فالمدار عند المسلم على صحة الدليل .

ومن كان مسلماً هو وأبوه فقط لم يكن كفئاً لمن لها أب وجد مسلمان ، وإنما يكون كفئاً لمن لها أب فقط .

أما من يكون مسلما وله أب وجد فقط قد أسلما ، فإنه يكون مكافئاً لمن كان لها أجداد أعلون فى الإسلام ، وذلك لأن تعريف الإنسان وتحديد شخصه ونسبه يكون بذكر الأب والجد الأول فقط ، دون أن يذكر أجداده الأعلون، فلم يكن لما زاد على الجد الأول اعتبار فى الكفاءة أيضاً .

وقد ذهب أبو يوسف إلى أن العبرة فى الكفاءة بإسلام الأب فقط ، فمن كان أبوه مسلما دون أجداده يكون كفئاً لمن لها أجداد كثيرون فى الإسلام ، لأن تعريف الإنسان وتحديد نسبه يكفى فيه ذكر الأب دون حاجة إلى ذكر الجد — فى رأيه — فلم يكن لما بعد الأب اعتبار فى الكفاءة أيضاً .

ثالثاً - الحــــرية :

والأمر فيها كما قالوا فى شأن الكفاءة بالإسلام ، فليست معتبرة إلا عند غير العرب فقط . وليس لها اعتبار بين العرب الذين لم يجر فيهم الاسترقاق ، فمن كان حراً دون آبائه ، لم يكن كفئاً للحرة بنت الحر . ومن كان أبوه حراً فقط لم يكن كفئاً لمن كان أبوها وجدها من الأحرار . وإنما يكون كفئاً للحرة التى ليس لها فى الحرية إلا أبوها . أما من يكون حر الأب والجد فقط . فإنه يكون كفئاً لمن لها أب وأجداد كثيرون فى الحرية .

ويرى أبو يوسف — كما رأى فى الإسلام — أن حرية الأب كافية فى تحقيق الكفاءة ، ولا عبرة برق الجد .

رابعــا - المــال :

والكفاءة فيه معتبرة بين العرب وغيرهم . وهى تتحقق بقدرة الزوج

على نفقة زوجته(١) ومهرها المعجل (٢) . فمن لم يكن قادراً على الإنفاق لم يكن كفؤا ، ومن لم يكن قادراً على دفع المهر يكون عاجزاً عن تنفيذ أحكام العقد وغير كفء لزوجة يعجز عن دفع مهرها .

خامساً - الغنى واليسار :

وهو أمر زائد على الكفاءة المالية التى يكفى فيها القدرة على النفقة والمهر ، وتتحقق كفاءة الغنى واليسار بمساواة الزوج لزوجته فى ثرائها أو بالتقارب بينهما فى ذلك . فمن كان محدود القدرة المالية لم يكن كفئا للزوجة ذات الثراء العريض . واعتبار هذه الكفاءة قد روى عن أبى حنيفة ومحمد ، فإن الناس يتفاخرون بيسارهم وثرائهم . وقد وردت بعض الآثار التى تفيد هذا . ومن ذلك قول النبى — صلى الله عليه وسلم — لفاطمة بنت قيس حين أخبرته بخطبة معاوية لها : « أما معاوية فصعلوك لا مال له » وقول السيدة عائشة : « رأيت ذا المال مهيباً . ورأيت ذا الفقر مهينا » وقولها : « إن أحساب أهل الدنيا بنيت على المال (٣) » . والراجح فى المذهب الحنفى هو عدم اعتبار الكفاءة

---

(١) وتحقق القدرة على نفقة الزوجة يكون بقدرة الزوج على نفقتها لمدة شهر فى بعض الأقوال ، ولمدة ستة أشهر فى قول آخر ، ولمدة سنة فى قول غير ذلك . وقال بعض الفقهاء : إن القدرة تتحقق باستطاعته الانفاق عليها يوما بيوم ، إن كان من أصحاب الحرف ، وبقدرته على نفقة شهر إن لم يكن من أصحاب الحرف .

(٢) وروى عن أبى يوسف عدم اعتبار قدرة الزوج على المهر ، لأن العاجز عنه قد يكون قادراً عليه بقدرة الأب أو الجد أو الأم أو غيرهم ، ممن جرى عرف الناس بالتزامهم بالمهر عن الزوج .

(٣) لقد نسب هذا المعنى إلى الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله : إن أحساب الناس بينهم فى هذه الدنيا هذا المال » ذكره ابن قدامة فى المغنى . هذا ولما كانت أقوال الفقهاء فى الكفاءة وفيما تعتبر فيه مبنية على العرف ، وكانت الكفاءة عند

فى الغنى ، لأن المال غاد ورائح . وهو عرض حائل ، وظل زائل ، وعارية مستردة . وفقير اليوم قد يكون غنى الغد . والله يبسط الرزق لمن يشاء من عباده ويقدر . والكفاءة إنما تعتبر فى الأوصاف الملازمة الباقية ، أو فى الأوصاف التى يكون فى عدم وجودها إخلال بآثار العقد ومقاصده ، وليس الغنى منها . والله سبحانه وتعالى — يقول : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم . إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله . والله واسع عليم » .

سادسا - التدين والتقوى والصلاح :

فلا يكون العاصى كفئا للتقية بنت لتقى . فإن كانت المرأة صالحة وكان أبوها فاسقاً ، أو كانت المرأة فاسقة وكان أبوها صالحا . كان هذا الفاسق كفئاً لها ، لأن ما يصيب الصالحة من عار الزواج بالفاسق ، لن يكون أكثر من عارها بفسق أبيها . وما يصيب الصالح من عار زواج بنته من فاسق ، لن يزيد عن عاره بفسقها هى .

واعتبار هذه الكفاءة ليس محل اتفاق فى المذهب الحنفى . والقول بها يسند إلى أبى حنيفة وأبى يوسف فى بعض الروايات ، وإلى محمد فى بعضها الآخر ، وهو الراجح . وأساس اعتبار الكفاءة فى التدين عند القائلين بها أن صلاح الإنسان وتقواه مما يعتز به ، لأنه عنوان لرضا والتوفيق ، وأساس سعادة الحياة الزوجية ، وسبب الفلاح فى الدنيا والآخرة . وزواج الصالحة بالطالح لا يحقق الانسجام بينهما ، وتعير المرأة وأولياؤها به [1] .

= الإطلاق محمولة على المتعارف — كما يقول ابن قدامة — وكانت تفصيلاتها منظوراً فيها إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به كما يقول ابن الهمام ، نص المشرع السورى فى المادة ٢٨ من قانون الأحوال الشخصية على أن « العبرة فى الكفاءة لعرف البلد » .

(١) ويدل على اعتبار هذه الكفاءة أيضاً قوله تعالى : « أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا ؟ لا يستوون » وأن الفاسق مرذول غير مأمون على النفس والمال ، وهو ناقص عند الله وعند الناس (المغنى ج ٧ ص ٣٧٥) .

ووجهة النظر عند من لم يعتبرها أن الفسق والعصيان ليسا من الأوصاف الملازمة التى لاتنفك عن صاحبها . وإنما هو كالفقر والإعسار عرضة للتغير والزوال ، فلا يكون له فى الكفاءة اعتبار .

سابعاً - الحرفة ، والصناعة ، والوظيفة ، والعمل :

ومقياسها أن يكون للزوج حرفة لاتنزل كثيرا عن مستوى حرفة أبى الزوجة ، وعلى هذا قالوا : إن الحجام (١) والكساح والدباغ والزبال لا يكون أحدهم كفئا لبنت صاحب الحرفة العالية أو المنصب الرفيع ، وقد اختلف فى اعتبار هذه الكفاءة أيضاً ، حيث اعتبرها محمد بن الحسن ، ولم يعتبرها أبو حنيفة . وروى عن أبى يوسف روايتان ، وأساس اعتبارها هو عرف الناس وتعيرهم بمصاهرة من يحترف حرفة دنيئة وصنعة حقيرة ، كما أن أساس عدم اعتبارها عند الآخرين هو أنها ليست من الصفات التى لا تزول ، وهى كالصحة والمرض عرضة للتغير والزوال .

---

(١) ويروى فى ذلك حديث : « العرب بعضهم أكفاء بعض . والموالى بعضهم أكفاء بعض إلا حائكا أوحجاما » وقد سئل أبو حاتم عن هذا الحديث فقال : هذا كذب لا أصل له . أو قال : هو باطل . وقيل : إن أحد الرواة قد زاد فيه بعد أو حجاما : أو دباغا . فاجتمع عليه الدباغون وأرادوا أن يفتكوا به . ويعبر بعضهم عن عدم اعتبار الحرف فى الكفاءة ، وأنها لا تنتقص قدر صاحبها بقوله :

وليس على عبد تقى نقيصة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم

والحائك : الذى ينسج الثياب والحجام من يستخرج دم المريض بمشرط أو آلة تفرغ من الهواء ، وتوضع على الجلد ، فتجذب الدم بقوة (انظر المصباح والمعجم والمنجد) والدباغ : من يعالج جلود الحيوانات ويصلحها بمواد خاصة تجففها وتزيل مابها من رطوبة ونتن .

الكفاءة تعتبر فى الرجل :

٥٦ — الأصل أن الكفاءة تعتبر فى جانب الزوج فقط ، ولا اعتبار لها فى جانب الزوجة، فإذا كان الزوج دون زوجته ، لم يكن كفئا لها على مابيناه فيما سبق ، أما إذا كانت الزوجة دون زوجها فإنه لا اعتبار لذلك .

وإنما اعتبرت الكفاءة فى الزوج دون الزوجة ، لأن النصوص التى وردت فى هذا الشأن لم تتعرض إلا للكفاءة فى الزوج ، ولأن العرف قد جرى بين الناس على أن الزوج وأسرته لا يعيران بزواج امرأة دونه فى المنزلة أو الدرجة . وذلك أن زواجه بها يرفع من شانها[1] ويعلى من قدرها . أما الزوجة فإنها لا ترفع قدر زوجها ، بل تنزل هى إلى مستواه ، لأنه المتبوع وهى التابع . وفى ذلك حط من مقامها ومركزها ومقام أسرتها . والرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول : « النكاح رق ، فلينظر أحدكم أين يضع كريمته » ثم إن الرجل له حق الطلاق يتولاه بنفسه . فإذا أساء اختيار زوجته استطاع أن يخرج من سوء اختياره بالطلاق ، وأن يستبدل الرفيعة بالدنيئة[2]. وليست المرأة كذلك .

وإذا كان هذا هو الأصل فى اعتبار الكفاءة . فإنها تعتبر أيضاً للزوج فى جانب الزوجة فى حالتين :

أولاهما : إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها ولى غير الأب والجد والابن المعروفين بحسن الرأى والاختيار . فإن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا تحققت كفاءة الزوجة .

---

(١) وقد جرى عرف الناس على ذلك حتى فى البلاد غير الاسلامية ، فمن يتزوجها الملك تكون ملكة ، أما من يتزوج الملكة فلا يكون ملكا .

(٢) تدخل الباء على المتروك ، ومنه قوله تعالى : « أتستبدلون الذى هو أدنى بالذى هو خير » .

ثانيتهما : إذا كانت الوكالة فى الزواج وكالة مطلقة . فإن العقد لا يكون نافذا على الموكل عند الصاحبين إلا إذا زوجه الوكيل بامرأة مكافئة له .

واعتبار الكفاءة فى هاتين الحالتين ، ليس مرجعه أن الكفاءة معتبرة فى جانب الزوجة . وإنما اعتبرت فى الحالة الاولى ، لأن الولى المزوج ليس وافر الشفقة ، أو ليس حسن الاختيار . فكان لابد من تقييد تزويجه بالمصلحة الظاهرة المرتبطة بتحقق الكفاءة فى الزوجة .

وكان اعتبارها فى الحالة الثانية ، لأن الوكالة — وإن كانت مطلقة — قد قيدها العرف . فإن من يستعين فى زواجه بوكيل . إنما يلجأ إليه لثقته فيه وحسن ظنه فى اختياره . فكان عقد زواجه نافذا على الموكل ، إذا ما زوجه بالمكافئة له ، دون من تنزل عن مستواه .

وتنبه إلى الفرق بين هاتين الحالتين فى اعتبار الكفاءة بينهما . فإنها فى الحالة الأولى شرط لصحة الزواج . فإذا فقدت الكفاءة ، كان عقد الزواج غير صحيح . أما فى حالة الوكالة المطلقة ، فأنها شرط نفاذ لاشرط صحة ، فإذا تخلفت الكفاءة كان عقد الزواج مع ذلك صحيحاً . ولكنه غير نافذ على الموكل إلا باجازته ، فإن أجازه نفذ . وإن رده بطل .

الوقت الذى تعتبر فيه الكفاءة :

٥٧ — الكفاءة معتبرة وقت إنشاء العقد فقط . ولا عبرة بتخلفها بعد ذلك . فمن كان صاحب مال ويسار وقت العقد عند القائلين بكفاءة اليسار ، ثم ضاقت بعد ذلك موارد رزقه . ومن كان تقيا متدينا وقت إنشاء العقد ، ثم أغواه الشيطان ففسق عن أمر ربه بعد ذلك . ومن كان ذا وظيفة رفيعة وقت الزواج ، ثم تغيرت حاله فانتقل بعد ذلك لحرفة دنيئة ، وغير ذلك من الصور . لا اعتبار لما يطرأ فيها بعد العقد . وليس للزوجة ولا لأوليائها حق الفسخ بسبب هذه الأقدار الطارئة ، لأنه لا عار فى ذلك فى عرف الناس .

بل يكون العار فى التخلى عن الزوج حينئذ ، لأن من مكارم الأخلاق وحسن الوفاء الصبر على قضاء الله والرضا بقدره .

صاحب الحق فى الكفاءة :

٥٨ — الكفاءة حق للمرأة وحق لوليها ، فلو أسقط أحد منهما حقه لم يسقط حق الآخر .

والولى الذى له حق الاعتراض على العقد عند عدم توافر الكفاءة ، هو الولى العاصب القريب . وليس لمن يليه مرتبة حق فى ذلك(١) . فإذا رضى الولى القريب بالعقد ، لم يكن لأحد من عصبتها الاعتراض ، لعدم ثبوت الحق له . كما إذا أجاز الأب العقد ، فإن الأخ ليس له حق الاعتراض .

وإذا كان للمرأة أولياء فى درجة واحدة كأعمام أشقاء أو إخوة أشقاء ، فأجاز بعضهم العقد ورضى بالزواج ، ولم يرض الآخرون ، لم يكن لهم حق الاعتراض عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن رضا أحدهم يعتبر رضا من الباقين ، فإن الحق ثابت لهم جميعاً ، وهو حق لا يقبل التجزئة . فكان كحق العفو عن القصاص ، إذا قام به أحد الأولياء سقط حق الباقين فيه . ولأنه إذا قام أحد الأولياء بتزويج المرأة من كفء لها ، لم يكن لغيره ممن فى درجته أن يزوجها بعد ذلك ، وقد رأى أحد الأولياء هنا كفاءة الزوج وأجاز العقد ، فليس لغيره حق بعد ذلك ، على أن رضا أحد هؤلاء دليل على أنه لا عار فى هذا الزواج ، أو على أن الزوج كفء ، وأن باقى الأولياء مبالغون فى مقياس الكفاءة لهم .

وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضاء أحد الأولياء المتساوين لا يسقط

---

(١) وهذا رأى أصحاب الشافعى . وقال أحمد — فى رواية —: « إنها حق لجميع الأولياء : قريبهم وبعيدهم » . وفى الرواية الأخرى عنه : أنها حق الله . فلا يصح رضاهم بإسقاطه . وهذه الرواية إنما تكون على أساس اعتبار الكفاءة فى الدين فقط .

حق الباقين ، لأن الكفاءة حق لكل منهم على حدة ، فإذا أسقط أحدهم حقه بقى حق الباقين .

ونظير ذلك الدين المشترك المستحق لجماعة ، لا يكون فى إبراء أحدهم عن نصيبه إسقاط لحق باقيهم ، ولأن المرأة وهى صاحبة الشأن الأول فى الزواج ، لو أسقطت حقها فى الكفاءة ، لم يسقط حق أوليائها ، فكان من الأولى ألا يسقط حق بعض الأولياء برضاء بعضهم .

والراجح هو الرأى الأول الذى ذهب إليه الطرفان : أبو حنيفة ومحمد ، لأن رضا الزوجة بالزوج وانضمام بعض أوليائها إلى رأيها ، فيه دلالة على أن فى هذا الزواج كفاءة أو مصلحة ترجح اعتبار الكفاءة .

٥٩ — وقد انبنى على أن الكفاءة حق للمرأة ، وحق للأولياء - الحكم فى المسائل الآتية :

(١) أن المرأة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من غير كفء كان الزواج غير صحيح (١) فى رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ، وكان صحيحاً نافذاً غير لازم للولى ، فى الروايات المشهورة (٢) فى المذهب .

(٢) إذا زوجت المرأة نفسها من شخص مجهول لها ، ولم يدع نسباً غير نسبه ، ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء لها ، لم يكن لها حق فى فسخ العقد ، لإسقاطها حقها بتقصيرها ، ولكن حق الأولياء يكون باقيا ، أما إذا غرها

---

(١) ويرى بعض الفقهاء رجحان هذه الرواية فيقول : « كم من واقع لا يرفع ، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو أحسن الولى وعدل القاضى ، فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام ، واستثقالا للخصومات ، فيتقرر الضرر » .

(٢) ويروى عن محمد أن تخلف الكفاءة يجعل العقد صحيحاً غير نافذ ، أى يكون موقوفا على إجازة الولى .

وأخبرها بكفاءته لها ، أو إذا اشترطت عليه الكفاءة ، ثم تبين بعد ذلك عدم كفاءته ، كان لها وللأوليائها حق الفسخ [1] .

(٣) إذا زوج المرأة وليها بزوج غير كفء لها ، فإن الزواج يكون موقوفا على إجازتها ، وإسقاطه حقه فى الكفاءة لا يسقط حقها .

٦٠ — ونختم الكلام فى الكفاءة ببيان أن اشتراطها عند القائلين بها ، وإعطاء حق الاعتراض على الزوج غير الكفء ، لكل من المرأة والولى ، لا يتناقض عندهم مع مبدأ الإسلام فى المساواة بين الناس غنيهم وفقيرهم ، شريفهم ووضيعهم ، لأن هذه المساواة — كما سبق — إنما تكون فى الحقوق والواجبات واستحقاق العقوبات ، أما المساواة فى الدرجات والمراتب الدنيوية والجاه والمال فليس مقصوداً للإسلام، لأن واقع الحياة لا يتفق معه ولا يتسع له ، ولا يصلح به والناس متفاوتون فى ذلك كما نرى ، فى جميع البلاد والأزمنة وتحت ظل أى نظام ، والله سبحانه وتعالى يقول : «والله فضل بعضكم على بعض فى الرزق» ويقول : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا ، ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات » . درجات مفتوحة لكل من يعمل بخلق دينى ، لمصلحته ومصلحة جماعته ، وليست طبقات مغلقة ، على أناس مخصوصين ، بناء على أسس غير صحيحة ولا مقبولة.

---

(١) وقد روى عن الإمام الشافعى روايتان ، فيمن تزوجت برجل انتسب إلى غير نسبه ، ثم ظهر لها حقيقة أمره ، وكان نسبها فوق نسبه ، إحداهما أن النكاح ومفسخ ، والأخرى أن للزوجة الخيار (انظر الأم جـ ٥ ص ٧٤) .

آثار الزواج

٦١ — بينا فيما سبق أن عقد الزواج إما أن يكون صحيحا ، وإما أن يكون غير صحيح ، وأن الصحيح إما أن يكون موقوفا وإما أن يكون نافذا ، وأن النافذ قد يكون لازما وقد يكون غير لازم .

وكذلك غير الصحيح إما أن يكون باطلا وإما أن يكون فاسدا .

وعقد الزواج الذى تترتب عليه الآثار الشرعية هو العقد الصحيح ، أما غيره فلا يترتب عليه أثر فى الأصل ، ولكن إذا بنى عليه العاقدان علاقة بينهما ، تولى الشارع تنظيم آثارها باعتبارها أمرا قد وقع ، وإن كان على غير مقتضى الشرع ، ونظير هذا أن عقد البيع الفاسد لا يترتب عليه نقل الملكية ، ولكن إذا تسلم المشترى المبيع وتصرف فيه أو استهلكه ، فإن الشارع يثبت الملكية فيه للمشترى تسليما بالأمر الواقع الذى لا سبيل إلى رفعه .

ونبين حكم كل نوع من هذه الأنواع فيما يأتى :

حكم الزواج الباطل (١)

٦٢ — والعقد الباطل كما عرفنا لا وجود له ، لعدم توافر شروط انعقاده . ولهذا لا يترتب عليه أى أثر من آثار عقد الزواج الصحيح ، فلا يحل للرجل الدخول بالمرأة ، وليس له طاعة عليها ، وليس لها مهر ولا نفقة عليه ، ولا توارث بينهما ولا حرمة مصاهرة .

فإذا حدث دخول بالمرأة رغم ذلك ، وجبت الحيلولة بينهما . فإن تفرقا كان بها ، وإلا فرق القاضى بينهما جبرا . ولكل مسلم الحق فى رفع دعوى

---

(١) المراد بالحكم هنا هو الأثر الشرعى الذى يترتب على العقد .

التفريق بينهما حسبة لله (١) ، بل يجب عليه ذلك إلا إذا قام به غيره ، ويجب إقامة حد الزنا عليهما إن كانا عاقلين وعالمين بالتحريم . ولا يجب للزوجة مهر ولا نفقة ، ولا تجب عليها العدة الشرعية بعد التفريق . ولا يثبت لولدها نسب ، وذلك عند الصاحبين .

أما أبو حنيفة فيرى أن وجود صورة العقد شبهة تمنع إقامة الحد ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات . ولكن يجب التعزير أى المعاقبة بالعقاب المناسب غير الحد . وإذا امتنع الحد وجب للمرأة مهر المثل مهما بلغ . لأن دخول الرجل بالمرأة لا يخلو من أحد أمرين : الحد أو المهر . ولكن لا تجب على المرأة العدة الشرعية ، ولا يثبت لولدها نسب فى بعض الروايات عنه . وفى بعضها الآخر أن النسب يثبت . مراعاة لحق الولد ومصلحته .

ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة ، باتفاق أبى حنيفة وأصحابه ، لأن حرمة المصاهرة تثبت فى المذهب الحنفى بمحض الزنى .

حكم الزواج الفاسد

٦٣ — وعقد الزواج الفاسد لم تتوافر فيه شروط الصحة ، فيكون غير

---

(١) وقد أصدرت وزارة العدل فى مصر منشورا رقم ٣٥ فى سنة ١٩١٨ بشأن دعاوى التفريق حسبة . وقد جاء فيه : « إعلانات التفريق بين الزوجين بطريقة الحسبة ، يجب أن تحال بمجرد تقديمها إلى المحكمة على الوزارة . لتقوم بعمل التحريات التمهيدية اللازمة . ثم تعاد الإعلانات إلى المحكمة مرفقة بأوراق التحريات ، لتستعين بها المحكمة فى تقدير النزاع المطروح أمامها حق قدره . وفهمه على حقيقته ، من أن هذه الدعوى يراد بها حقيقة دفع المنكر . أو لا يراد منها إلا التشهير بالغير أو الانتقام منه أو غير ذلك من المقاصد التى لا تتفق مع مشروعية الحسبة ، كالتحايل لإعادة النظر فى قضية طلاق سبق الفصل فيها بين الزوجين » .

صالح لترتب الآثار الشرعية عليه . ولكن لما كان فساد العقد لا يرجع إلى أركانه وشروطه الاساسية ، بل إلى شروطه المكملة . وبعبارة أخرى لما كان الفساد يرجع إلى وصف العقد لا إلى اصله ، فقد اتفق أئمة المذهب الحنفى على أن الدخول الحقيق فى العقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار ، لأن الدخول فيه دخول بشبهة قوية تكفى لدرء الحد ، وإذا امتنع الحد وجب المهر . والمهر الذى يجب هنا هو الأقل من المسمى ومهر المثل ، خلافا لزفر الذى يوجب مهر المثل بالغا ما بلغ ، لأنه لا اعتبار عنده للتسمية فى العقد الفاسد .

ويثبت نسب الولد الذى تأتى به المرأة من هذا الدخول ، وتجب عليها العدة بعد التفريق بينهما ، ثم لا يثبت غير ذلك من الأحكام ، فلا نفقة ، ولا طاعة ، ولا توارث .

حكم الزواج الموقوف

٦٤ — وعقد الزواج الموقوف عقد توافرت فيه شروط الصحة . فيكون صحيحاً صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه ، ولكن لم تتحقق شروط نفاذه ، فلا يكون نافذا ، ولا تترتب عليه الآثار بالفعل إلا إذا اجازه من يملك الإجازة باختلاف الأحوال .

والعقد قبلها صحيح موقوف ، لا يترتب عليه أى أثر من آثار عقد الزواج الصحيح النافذ .

فقبل الإجازة لا يحل للرجل الدخول بالمرأة ، وإذا ماحصل دخول قبلها ، فإما أن تحصل الإجازة بعد ذلك وإما إلا تحصل ، فإذا تحققت الإجازة اعتبر الدخول فى عقد صحيح نافذ ، لأن الإجازة اللاحقة يظهر أثرها فى نفاذ العقد وترتب الآثار عليه من وقت إنشائه ، أى يكون لها أثر رجعى من تاريخ العقد .

وإذا لم تحدث إجازة ممن يملكها انقلب العقد باطلا ، ويكون الدخول فى هذه الحالة — وقد كان قبل الرفض — دخولا بشبهة قوية هى حصول العقد

الصحيح ، وإذا تحققت الشبهة امتنع وجوب الحد . وإذا امتنع الحد وجب المهر ، ثم يثبت النسب ، وتلزم العدة بعد التفريق ، ولا يترتب عليه أى أثر آخر غير ذلك ، لأن حكمه حينئذ هو حكم الزواج الفاسد الذى سبق بيانه .

أما إذا حصل الدخول بعد الرفض وعدم الإجازة وانقلاب العقد باطلا . فإنه لا تكون هناك شبهة تمنع حدا . فيجب الحد ، ولا يترتب على هذا الدخول أى أثر من آثار الزوجية الصحيحة .

حكم الزواج غير اللازم

٦٥ — ولما كان عقد الزواج غير اللازم عقدا قد استوفى شروط صحته، وشروط نفاذه ، فان جميع الآثار تترتب عليه . ولا فرق بينه وبين عقد الزواج اللازم الذى سنبين آثاره فيما بعد ، إلا فى أن حق الفسخ لمن يملكه ثابت فى عقد الزواج غير اللازم دون عقد الزواج اللازم .

فيحل للرجل الدخول بزوجته . وتجب عليها طاعته . ويجب لها المهر والنفقة. وإذا مات أحدهما قبل الفسخ ورثه الآخر ، ولو كان الموت بعد طلب الفسخ من القضاء . وتترتب على العقد حرمة المصاهرة فى الحالة التى يكتفى فيها بمجرد العقد فى التحريم ، كزواج الأم بعد العقد على البنت . فلا يحل لمن عقد على امرأة عقدا غير لازم أن يتزوج بأمها إذا فسخ عقده على البنت قبل الدخول بها .

والحكم هنا يختلف عن الحكم فيما إذا كان عقد الزواج على البنت عقدا موقوفا لم يجزه صاحب الشأن فى الإجازة ، فان الزواج بالأم فى هذه الحالة يكون جائزا ، لأن العقد الموقوف لاتترتب عليه الآثار فعلا إلا بالاجازة ، ولم تحصل ، بخلاف عقد الزواج النافذ غير اللازم ، فإن آثاره تترتب عليه فورا بمجرد الإنشاء . ومن الآثار حرمة المصاهرة .

وفسخ العقد غير اللازم قد يكون قبل الدخول وقد يكون بعده . فاذا

كان قبل الدخول الحقيقى والحكمى ، لم يجب للزوجة شىء من المهر ، لأن العقد قد انهدم من أساسه بعد أن تم وجوده ، ولم يحدث مايؤكد وجوب المهر ، وهذا الحكم ثابت سواء أكان الفسخ من قبل الزوج أو من قبل الزوجة .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة وجب للزوجة المهر كاملا، ووجب عليها العدة بعد المفارقة ، ووجبت لها نفقة العدة ، وثبت نسب ولدها منه ، إلى غير ذلك من أحكام عقد الزواج الصحيح .

حكم الزواج اللازم

٦٦ — وعقد الزواج اللازم هو العقد الذى توافرت له شروط الصحة والنفاذ واللزوم . فكان عقداً تاماً ، ولهذا ترتبت عليه جميع الآثار ، ويجب بمقتضاه لكل من الزوجين حقوق على الآخر ، يشترك الزوجان فى بعضها ، وينفرد كل منهما بحقوق خاصة .

أما الحقوق المشتركة فهى :

أولا : حل العشرة الزوجية واستمتاع كل منهما بالآخر ، ما لم يوجد مانع شرعى كالحيض الذى يقول الله تعالى فيه : « ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى ، فاعتزلوا النساء فى المحيض ، ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله » .

ثانيا : حرمة المصاهرة ، ومعناها حرمة أصول الزوج وفروعه على الزوجة، وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج . على الوجه الذى بيناه فى المحرمات.

ثالثا : ثبوت نسب أولادهما .

رابعا : التوارث بينهما ، فإذا مات أحدهما والزوجية قائمة حقيقة أو حكما ورثه الآخر ، ما لم يوجد مانع من موانع الإرث ، كاختلاف الدين ، فإنه يمنع التوارث بين المسلم وزوجته الكتابية ، وكقتل أحدهما للآخر قتلا مانعا من

الإرث ، ولا يشترط فى الميراث الدخول ، فلو مات أحدهما بعد العقد وقبل الدخول ورثه الآخر .

خامسا : معاشرة كل منهما للآخر بالمعروف ، حتى تكون بينهما المودة والرحمة التى جعلها الله بين الزوجين . يقول الله تعالى : « وعاشروهن بالمعروف، فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » ويقول سبحانه : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا ، لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة » .

حقوق الزوج على الزوجة :

٦٧ — أما حقوق الزوج على الزوجة فهى :

أولا : أن تطيعه فى كل ما يتعلق بالحياة الزوجية ، باعتباره رأس الأسرة ورئيسها ، وله بمقتضى هذه الرياسة إذا ما خرجت عن طاعته أن يتولى تعليمها وتوجيهها ومحاسبتها .

وإعطاء الرجل هذا الحق أمر طبيعى مادام هو القائم على أمر الأسرة وراعيها ، والمكلف بأداء نفقاتها المالية . وكل رئيس لا بد له من سلطة تمكنه من أداء عمله ، وفى حدود المصلحة . وارتفاع درجة الرجل عن درجة المرأة فى ماضى الحياة وحاضرها أمر واضح وملموس ، لما زودته به الفطرة الإلهية من أوصاف ومزايا خاصة ليست موجودة عند المرأة ، ولها مزاياها الأخرى التى تنفرد بها . والله سبحانه وتعالى يقول فى ذلك : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم » ويقول : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » .

فللزوج أن يعظ الزوجة بالحكمة والموعظة الحسنة ، وينبهها إلى واجبها الزوجى ، فإن لم تجد الموعظة الحسنة هجرها فى المضجع ، إنذاراً لها وتنبيها إلى خطورة الأمر وسوء المصير ، إذا ما استمرت فى عصيانها ، فإذا لم يجد الهجر وكانت

عن يعالجه الضرب كان له أن يضربها ضربا خفيفا لا يؤذيها(١) ولا يشينها ، بدل أن يسارع إلى طلاقها وقطع رابطة الزوجية بينهما ، والضرب الخفيف حينئذ وعند مقتضياته أهون الأمرين .

وقد وردت هذه الوسائل التأديبية فى قول الله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن (٢) ، فإن أطعنكم

---

(١) ويستدل بعض الفقهاء على جواز ضرب الزوجة أيضا عند وجود دواعيه بقوله تعالى لنبيه أيوب : « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث » ويقول أبو بكر الجصاص : فى هذه الآية دلالة على أن للزوج أن يضرب امرأته تأديبا ، لولا ذلك لم يكن أيوب ليحلف عليه ويضربها ، ولما أمر الله تعالى بضربها بعد حلفه . . . روى أن رجلا لطم امرأته على عهد الرسول — صلى الله عليه وسلم — فأراد أهلها القصاص فأنزل الله : « الرجال قوامون على النساء . . . » (أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٤٧٣) وراجع حجة الله البالغة للدهلوى ج ٢ ص ١٠٢ .

(٢) ويشترط فى الضرب ألا يكون مبرحا أى شديداً ولا شائنا ، ويقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — فى هذا : (استوصوا بالنساء خيراً ، فإنما هن عوان عندكم ، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك ، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) وعن معاوية القشيرى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — سأله رجل : ماحق المرأة على الزوج ؟ قال : تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسبت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ، ولاتهجر إلا فى البيت . ويروى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — كان قد نهى عن ضرب النساء بقوله : (لاتضربوا إماء الله) فجاء عمر وقال . ذئر النساء — أى نشزن وعصين — فأذن الرسول فى الضرب الخفيف ، إذا دعت إليه مصلحة الحياة الزوجية واستقرارها .

ويقول الشافعى : ومحل ذلك أن يضربها تأديبا إذا رأى منها ما يكره فيما يجب عليها فيه طاعته ، فاذا اكتفى بالتهديد ونحوه كان أفضل ، وكلما أمكن =

فلا تبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان عليا كبيرا » ومعنى هذا أن يستعمل الرجل فى علاج نشوز زوجته وعصيانها مايراه ملائما لحالتها ومستواها ، وهذا أهون وأيسر من شكواها إلى أهلها أو إلى القضاء ، فليس كل مايدور بين الزوجين فى حياتهما الزوجية الخاصة والخفية يمكن التصريح به والتحدث فيه ولو إلى أقرب الناس ، كما لا يسهل إقامة البينة عليه .

فاذا ما أساء الزوج استعمال حقه فى التأديب ، كان من حقها أن ترفع الأمر إلى القضاء ليتولى زجره وتعزيره ، ويقتصر سلطان القضاء على ذلك فى المذهب الحنفى ، ولكن المذهب المالكى يعطيه أكثر من هذا ويجعل له الحق فى التفريق بينهما إذا كان يسىء إليها إساءة لاتحتمل بين أمثالهما .

٦٨ — وطاعة الزوجة لزوجها إنما تكون واجبة عليها إذا كان قد أوفاها معجل صداقها ، وكان أمينا على نفسها وعلى مالها ، وإذا أعد لها مسكنا لائقا غير مشغول بسكنى غيره ولو كان من أهله ، ففى هذه الحالة يجب عليها القرار فى بيت الزوجية ، لتؤدى رسالة الزوجة فى المنزل ، ولايكون لها الحق فى الخروج من مسكن الزوجية إلا باذن الزوج ، فان لم يأذن لها لم يكن لها الخروج إلا

= الوصول إلى الغرض بالإيهام والوعيد لا يعدل إلى الفعل ، لما فى وقوع ذلك من النفرة المضادة لحسن المعاشرة المطلوبة . وتقول السيدة عائشة : (ما ضرب رسول الله امرأة له ولا خادما قط ، ولا ضرب بيده شيئا قط إلا فى سبيل الله أو أن تنتهك محارم الله) ويقول — عليه الصلاة والسلام — : (لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد) .

ونتهى من هذا إلى أن الضرب خاص بنوع من النساء قد يوجد فى بعض المجتمعات ، ولا يجدى فى علاجه تنبيه ولا وعيد ولاهجر ، والشريعة الإسلامية شريعة عامة للناس جميعا وخالدة على الزمان ، فكان من الحكمة أن تراعى فى تشريعها جميع الظروف والبيئات والأحوال .

لمسوغ شرعى : كأداة فريضة الحج التى وجبت عليها ، وكزيارة أبويها وأقاربها المحارم .

وقد ذكر بعض الفقهاء أن زيارة الأبوين تكون أسبوعياً ، وأن زيارة المحارم تكون سنويا .

والواقع أن هذا أمر مرجعه إلى العرف والمألوف بين الناس (١) .

ثم إنه إذا كان أحد والديها مريضا وفى حاجة إليها كان لها الحق فى أن تقوم على رعايته وخدمته ، وإن لم يأذن لها زوجها ، ولا يعد ذلك خروجاً عن طاعته .

٦٩ — وقد كان العمل يجرى على أن المرأة إذا امتنعت عن طاعة زوجها ودخول بيت الزوجية الذى استوفى شرائطه بدون حق شرعى ، أجبرت على ذلك ونفذ عليها حكم الطاعة جبراً وقهراً عن طريق السلطة التنفيذية (٢) ، على أساس أنها ممتنعة عن القيام بواجب ألزمت نفسها به بمقتضى عقد الزواج ، وليس لها عذر شرعى . وقد رأى كثير من الفقهاء أن هذا التنفيذ الجبرى لا ترجى منه فائدة ، فإن مثل هذه المرأة التى تجبر على طاعة زوجها ، لن تقوم بواجبات الزوجية لرجل لا سبيل له عليها إلا عن طريق القوة الجبرية ، وإن حياة هذه الأسرة تكون دائما فى شقاق واضطراب ، فضلا عما فى تنفيذ حكم الطاعة بهذه

---

(١) ولهذا جاء فى مشروع القانون الموحد (يجوز للزوجة أن تخرج من البيت للحاجات التى تستدعى خروجها وللأمور والزيارات المشروعة المتعارفة).

(٢) وقد جاء ذلك فى المادة ٣٤٥ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٠ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها ، حيث نصت على أن « تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهراً ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل ... » .

الوسيلة من إهانة للمرأة وإذلال لنفسها ، ورأوا الاكتفاء باسقاط نفقتها عند الامتناع عن تنفيذ حكم الطاعة برضا واختيار [١] .

---

(١) وبهذا أخذ مشروع القانون الموحد حيث نص فى المادة ٦١ على أنه « إذا إمتنعت الزوجة عن متابعه زوجها إلى منزل الزوجية بلا مسوغ ، أومنعته من الدخول عليها فى منزلها الذى يساكنها فيه ولم يكن قد أبى نقلها عنه ، سقط حقها فى نفقتها مدة الامتناع ، سواء أ كانت محكوماً عليها بالمتابعة أملا ، ويعود حقها فى النفقة بعودتها إلى متابعته ... » .

وفى المادة ٦٢ على أنه لا يجوز بحال من الأحوال تنفيذ الحكم على الزوجة بالمتابعة عن طريق الإكراه البدنى) ، وبينت اللجنة فى مذكرتها الإيضاحية أن بعض فقهاء المالكية رأى فى زمنه سقوط النفقة لاغير بالنشوز ، وتخيير الزوجة بين أن تتابع زوجها وتعود إلى بيتها أو أن تسقط نفقها ، وأن الأخذبهذا الرأى اليوم أوجب وألزم ، ولا سيما بعد أن أخذ المشرع باعطاء كل من الزوجين حق طلب التفريق القضائى للشقاق . وجعل الوصول إلى هذا التفريق القضائى محتما فى معظم الأحوال ، مع تحميل المذنب منهما الخسارة المالية الناشئة عن الفراق من مهر أو نفقة . وقد كان القانون السورى جاريا على الحكم الذى جاء به هذا المشروع ، وقد أبقت لجنة المراجعة هذه الأحكام مع تعديل فى الصياغة وبينت مذكرتها الإيضاحية أنه لاجدال فى أن الطاعة حق للزوج علىزوجته ، فىحدود ما أمر الله تعالى به ، وهى الطريق الأوحد لبناء الأسرة على أساس السكينة والمودة والرحمة ، فلا معنى للزوجية إذا لم تقبل الزوجة أن تعيش مع زوجها فى مسكن واحد ، يندمجان فيه تآلفاً ، وتعاطفاً ، وتعاونا وتضامناً .. وإن مثار الشكوى هو تنفيذ حكم الطاعة جبراً وبقوة الشرطة ، وبالوضع الذىرسمه القانون القائم ، والحق إن هذا التنفيذ لم يكن وسيلة إلى حفظ الأسرة والقيام بواجبات الزوجية ، وهو أمر لا تستقيم بعده أمور الزوجية فى الأعم الأغلب ، ومن المشاهد أن المرأة تقوم الآن بكثير من الأعمال العامة ، وقد تعهدت الدولة بأن تيسر لها سبل التوفيق بين عملها فى المجتمع وواجباتها فى الأسرة . والتنفيذ على هذا الوجه يتعارض مع التيسير المطلوب ، ومهما كان موقف الزوجة من تمرد =

٧٠ — هذه هى حقوق الزوج على زوجته ، فليس له بعد ذلك أن يطالبها قضاء بخدمة البيت والقيام بالشئون المنزلية ، لأن عقد الزواج الذى تم بينهما لا يقصد به إلا حل المعاشرة الزوجية بينهما ، طلبا لتحصين النفس وتحصيل الولد ، ولا يقصد به الخدمة وأداء الواجبات المنزلية ، فإنها داخلة فى نطاق

= لتعاليم دينها ، ولحكم القانون والقضاء النهائى ، فإن التنفيذ الجبرى لا يرجى منه خير للأسرة .

وبناء على ذلك أصدر وزير العدل فى سنة ١٩٦٧ قراراً وزاريا بعدم تنفيذ حكم الطاعة على الزوجة قهرا عنها .

وقد كنت أثرت هذه المسألة أمام اللجنة التحضيرية للدستور التى كانت تنعقد جلساتها فى هذا الوقت ، كمثال على حرص علماء الفقه الإسلامى المعاصرين على مصلحة المجتمع ومصلحة الأسرة ، وعلى اختيار الأحكام المبنية على الحكمة ، والمحققة للمصلحة ، وهى أساس التشريع الإسلامى ، دون إلتزام ببقاء بعض الأحكام الاجتهادية التى يتبين بالتجربة ويقضى الزمن عدم صلاحيتها للتشريع والتطبيق فى العصر الحاضر ، ولكنى — وقد كنت أبدى الرأى أمام لجنة الدستور — بينت أن طريق تعديل الحكم القائم الذى بين الفقهاء الحاجة إلى تغييره ، ليست إصدار قرار وزارى ، لأن القرار الوزارى ليس فى قوة القانون حتى يلغيه . وتنفيذ حكم الطاعة جبراً قد صدر بقانون ، ولا يلغيه إلا قانون .

وقد أثار أحد أعضاء اللجنة الأفاضل هذا الأمر بعد ذلك أمام مجلس الأمة فى ذلك الوقت ، وتبين للجنة التشريعية صحة ما قررناه ، وقد كان من واجب المجلس حينئذ أن يصحح الوضع باصدار تشريع بهذا التعديل ، بدل هذا القرار الوزارى الذى لا يمكن أن يلغى قانون ، حتى لا يستغل أحد الأزواج هذه الثغرة ، ويثير المسألة أمام المحكمة المختصة ، ويتمكن من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته جبراً ، احتراماً لحكم قانون لا يزال قائماً إلى أن يصدر قانون يلغيه . ولا يزال الأمر معلقا إلى الآن (ابريل ١٩٧٩) .

ما يجب على الزوج إعداده للحياة الزوجية (١) . وما ورد من الآثار فى خدمة الزوجة لزوجها هو من باب التطوع ومكارم الأخلاق .

وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية ، وقد خالف فى ذلك بعض الفقهاء ومنهم أبو ثور الفقيه الشافعى ، وابن القيم الفقيه الحنبلى ، وقد أشار إلى هذا الخلاف ابن رشد ، وذهبوا إلى أن خدمة الزوج والقيام بشئون المنزل من طبخ وغسل وكنس ونحوه واجبة على الزوجة ، فى حدود المعروف والمألوف بين الناس ، فإذا كانت حالة الزوج المالية لا تقوى على استئجار خادم وجب على الزوجة خدمته . وإن كانت حالته المالية ومستواه الاجتماعى بحيث يستأجر من يخدمه فى الشئون المنزلية ، لم يجب على الزوجة شىء من ذلك ، وكان عليها الإشراف والرعاية فقط ، كما جرى العرف بين الناس .

وقد ورد أن نساء النبى — صلى الله عليه وسلم — ونساء أصحابه كن يقمن بخدمة البيت ، وتقول السيدة أسماء بنت أبى بكر الصديق وزوج الزبير بن العوام : « كنت أخدم الزبير خدمة البيت كله ، وكانت له فرس فكنت أسوسها ، وكنت أحش لها وأقوم عليها » . وروى أنها كانت تعلف فرسه ، وتسقى الماء ، وتخرز الدلو ، وتعجن ، وتنقل النوى على رأسها من أرض له على ثلثى فرسخ . وقد كانت فاطمة بنت الرسول — رضى الله عنها — وزوج على — كرم الله وجهه — تقوم بالخدمة المنزلية ، حتى أن الرحى لتؤثر فى يديها من كثرة العمل . وقد قسم رسول الله — صلى الله عليه وسلم — العمل بينها وبين زوجها ، وجعل عليها الخدمة المنزلية ، وعلى على — رضى الله عنه — الأعمال الخارجية .

---

(١) هذا ويرى بعض الفقهاء الأحناف أن خدمة الزوجة لزوجها واجب ديانة لا قضاء (انظر رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ١٠٩) أما ابن تيمية فيقول فى كتابه (السياسة الشرعية ص ١٥٨) : اختلف الفقهاء هل تجب عليها خدمة المنزل كالفرش والكنس والطبخ ونحو ذلك ، فقيل : يجب عليها ، وقيل : لا يجب ، وقيل : يجب الخفيف منه .

ويقول ابن القيم فى ذلك :

احتج من أوجب الخدمة بأن هذا هو المعروف عند من خاطبهم الله سبحانه بكلامه ، وأما ترفيه المرأة وخدمة الزوجة وكنسه وطحنه وعجنه وغسله وفرشه وقيامه بخدمة البيت ، فمن المنكر ، والله تعالى يقول : «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف» ويقول : «الرجال قوامون على النساء» وإذا لم تخدم المرأة زوجها بل يكون هو الخادم فهى القوامة عليه . . .

وإن العقود المطلقة إنما تنزل على العرف ، والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلية .

ثم رد على القول بأن خدمة فاطمة وأسماء كانت من باب التبرع والإحسان بقوله : إن فاطمة كانت تشتكى لأبيها ما تلقى من الخدمة ، ولم يوجبها على على ، وقد رأى — عليه الصلاة والسلام — أسماء والعلف على رأسها ، والزبير معه ، ولم يقل له : لا خدمة عليها [١] .

حقوق الزوجة على الزوج :

٧١ — أما حقوق الزوجة على زوجها فهى : (١) المهر (٢) النفقة ، ولكل منهما مبحث خاص به . (٣) العدل فى معاملتها والإحسان إليها وعدم الاعتداء عليها أو على مالها ، فإذا كان متزوجاً بأكثر من واحدة، كان من العدل الواجب المساواة بينهن فى المعاملة الظاهرة التى يملكها ، فلا يميز واحدة على أخرى فى نفقة [٢] ولا فى مبيت ، ولا فى عطية ولا فى تعهد وعناية وإقبال ومفاكهة

---

(١) زاد المعاد جـ ٢ ص ٢٣٥ .

(٢) هذا على حسب المعمول به الآن — من تقدير نفقة الزوجة بحسب حالة الزوج المالية يساراً وإعساراً كما يرى جمهور الفقهاء ومنهم الأحناف فى أحد أقوالهم ، أما من يرى تقدير نفقة الزوجة بحسب حالة الزوجين أو حالتها هى فلا تجب هذه التسوية .

ومؤانسة . فإن الميسور لايسقط بالمعسور ، وما لا يدرك كله لا يترك كله ، يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « من كانت له امرأتان ، فمال إلى إحداهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل » .

أما ما سوى ذلك من المحبة الباطنية والميل القلبي فلايطالب به ، لأنه خارج عن نطاق التكليف وحيز الاستطاعة ، وفيه تقول السيدة عائشة: كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقسم بين زوجاته فيعدل ، ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » .

ويسمى المذهب الحنفي في حق المبيت بين البكر والثيب ، والعجوز والشابة ، والقديمة والجديدة ، والمسلمة والكتابية ، لأن كل واحدة منهن زوجة ، لها من الحقوق الزوجية ماثبت للأخرى ، فيوجب على الزوج أن يبيت عند كل واحدة منهن قدراً مساويا للباقيات ، ثم هو يوجب هذه المعاملة المتساوية في المبيت حال الصحة والمرض الذى يقدر فيه المريض على الحركة والتنقل ، دون أن يضره ذلك ودون أن يؤخر شفاءه ، وقد كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يقسم في مرضه ، حتى أذن له زوجاته في البقاء عند عائشة ، وتنازلن عن حقهن في المبيت .

وهذا العدل في المبيت لا يطالب به الزوج حال السفر ، فله أن يصطحب من زوجاته من يشاء ، فليست كل واحدة منهن قادرة على متاعب السفر ومشاقه ، وإن كان الأولى أن يختار واحدة منهن بطريق القرعة تطييباً لخاطرهن ، إذا لم يكن هناك ما يدعو إلى اختيار واحدة منهن ، وعلى هذا لا تدخل مدة السفر في أيام القسم ، ولا يلزم الزوج بالمبيت عند الأخرى مدة تعادل مدة السفر .

أحكام المهر

٧٢ — المهر ـ ويسمى بالصداق وبالنحلة ـ هو المال الذى أوجبه الشارع على الزوج ، وجعله حقا للزوجة ، فى عقد الزواج الصحيح ، أو فى الدخول فى العقد الفاسد ، أو فى الدخول بشبهة . يقول الله تعالى : «وآتوا النساء صدقاتهن نحلة» ويقول تعالى : «قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم» وهو عطية لازمة ، وهدية واجبة ، يؤديها الرجل للمرأة ، تأليفا لقلبها ، وتكريما للزواج بها . ويعبر عن هذا المعنى الكمال ابن الهمام بقوله : «إن المهر شرع إبانة لشرف العقد وإظهار خطره . . . إذ لم يشرع بدلا كالثمن والأجرة . وإلا لوجب تقديم تسميته» .

ولهذا لم يكن المهر ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروط صحته ، ولا نفاذه ، ولا لزومه ، وإنما كان حكما من أحكامه أى أثرا من آثاره ، فيصح عقد الزواج بدون ذكر المهر . بل مع الاتفاق على ألا مهر للزوجة ، ثم يلزم المهر مع ذلك باعتباره حكما لازما من أحكام عقد الزواج ، وأثرا من آثاره ، لا يملك الزوجان إلغاءه .

والدليل على أن ذكر المهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروطه ، قوله تعالى ، «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة» . فقد نفت الآية الكريمة الجناح والإثم عمن يطلقون زوجاتهم قبل الدخول بهن ، أو قبل الاتفاق على مهورهن ، والطلاق يكون بعد الزواج الصحيح . فكانت هذه الآية دليلا على صحة الزواج دون ذكر مهر . وقد روى أن عبد الله بن مسعود سئل فى امرأة تزوجها رجل دون أن يسمى لها مهرا ، ثم مات عنها قبل أن يدخل بها ، هل يجب لها مهر ؟ فقال : «أقول فيها برأيى . فان يكن صوابا فمن الله . وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان . أرى لها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط» ، وقد تبين لابن مسعود بعد ذلك أن فتواه موافقة لما قضى به رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فى امرأة تسمى بروع بنت واشق ، فدل هذا على أن الزواج بدون تسمية مهر زواج صحيح .

وأنه يجب المهر رغم ذلك بإيجاب الشارع ، فلم يكن المهر ركنا ولا شرطا ، وإنما كان حكما وأثرا .

٧٣ — وإنما وجب المهر على الزوج دون الزوجة ، لأنه أقدر على الاكتساب ، ولأنه رئيس الأسرة ، والقائم على نفقاتها ، ولأن الزوجة تنفق عادة فى إعداد نفسها وجهازها مالا ، يعاونها فيه أبوها وأقاربها ، والمنفعة فى هذا تعود على الزوج أيضا ، فكان من المناسب أن يسهم الرجل فى ذلك بمهر يدفعه لها ، ثم إن المهر يكون فى أحوال كثيرة سببا يمنع الزوج من التسرع فى الطلاق ، لما يترتب عليه من دفع مؤخر الصداق للمطلقه ، ودفع مهر للمرأة التى يتزوجها بعد ذلك ، وهو أيضا ضمان المرأة عند الطلاق .

سبب وجوب المهر :

٧٤ — يجب المهر بمجرد العقد فى الزواج الصحيح ، ولا يجب إلا بالدخول فى الزواج الفاسد . وعلى هذا فان من تزوج امرأة زواجا صحيحا يجب لها المهر عليه . سواء دخل بها أو لم يدخل . ولكنه وجوب غير مستقر ولا مؤكد ، فاذا مات الزوج عنها أو ماتت عنه . وجب لها المهر كاملا ، تأخذه من تركته فى حال موته ، ويأخذه ورثتها منه فى حال موتها .

أما إذا كان عقد الزواج فاسدا فانه لا يترتب عليه وجوب المهر . فلو مات أحدهما قبل الدخول لم يجب المهر . فاذا دخل بها وجب المهر بالدخول الذى امتنع فيه الحد لشبهة العقد حتى لا يخلو الدخول بالمرأة من المهر والحد معا .

تقدير المهر :

٧٥ — اتفق الفقهاء على أن المهر ليس له حد أعلى يجب الوقوف عنده وعدم تجاوزه . ويروى فى ذلك أن عمر بن الخطاب أراد أن يحمل الناس على عدم المغالاة فى المهور ، بوضع حد أعلى له لا يتجاوزونه . وعندما أعلن عن قصده إلى ذلك عارضته احدى النساء . وقالت له . « إن الله سبحانه وتعالى يقول : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا ، فلا تأخذوا

منه شيئا . أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا » فقال الفاروق عمر : أخطأ عمر وأصابت امرأة . وذلك أن الآية عبرت عن المهر بالقنطار والمراد به المال الكثير .

ويظهر أن الأحوال الاجتماعية فى ذلك الوقت لم تكن قد بلغت حداً يستوجب هذا التشريع ، وأن إقبال الناس على الزواج كان يسير سيرا عاديا . وإلا لما امتنع عمر عن قصده الذى يستمده من نصوص الشريعة ومقاصدها . التى ترغب فى الزواج وتيسر سبله ، وقد روى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال : « خير الصداق أيسره » وقال : « إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة » وقال : « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » ويقول عروة : « أول شؤم المرأة كثرة صداقها » .

ولهذا كان من المستحب شرعا عدم المغالاة فى المهور ، لما تؤدى إليه هذه المغالاة من الإعراض عن الزواج الذى يتبعه شيوع الفساد .

ومع اتفاق العلماء على عدم وجود حد أعلى للمهر . قد اختلفوا فى حده الأدنى فذهب الامام الشافعى . والامام أحمد . واسحاق ، وأبو ثور ، إلى أنه لاحد لأقله متى كان المسمى شيئا له قيمة مالية . بحيث يصلح بدلا فى عقود المعاوضات . لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فكل ما يسمى مالا قليلا كان أو كثيرا يصح جعله مهرا ، وقد تأكد هذا المعنى بما رواه سهل بن سعد أن النبى — صلى الله عليه وسلم — جاءته امراة فقالت : يارسول الله : إنى قد وهبت نفسى لك ، وقامت قياما طويلا . فقام رجل فقال: يارسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة . فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : وهل عندك من شىء تصدقها اياه . فقال : ما عندى الا ازارى هذا . فقال النبى : إن أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك ، فالتمس شيئا ، فقال : ما أجد شيئا . فقال : التمس ولو خاتما من حديد . فالتمس فلم يجد شيئا . فقال النبى : هل معك من القرآن شىء ؟ قال : نعم . سورة كذا وسورة كذا ، لسور سماها ، فقال له النبى — صلى الله عليه وسلم — : قد زوجتكها بما معك من القرآن » فان هذا الحديث يدل على جواز جعل خاتم الحديد مهرا ، ولا تصل قيمته إلى الحد الأدنى الذى يذكره باقى الفقهاء . أما ما حدث بعد ذلك

من تزويج الرسول له بما معه من القرآن. فقد قالوا : إنه خصوصية لهذا الرجل تكريما للقرآن . وتيسيرا عليه فى تحصين نفسه وعفافها ، بعد ان تبين عدم قدرته على دفع المهر . فعن ابى النعمان الأزدى ان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ زوج امراة على سورة من القرآن . ثم قال : « لا يكون لأحد بعدك مهرا » .

ويرى المالكية أن أقل ما يصلح مهرا ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة . لأن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من الذهب وهو ربع دينار ، ولأنه نصاب السرقة عندهم ، ومعنى ذلك أنه مال له خطر وحرمة ، بدلالة قطع اليد فى سرقته لا فى سرقة مادونه ، فيكون هو الحد الأدنى للمهر .

ويرى ابن شبرمة ان اقل المهر خمسة دراهم . ويرى سعيد بن جبير أن أقله خمسون درهما . ويرى النخعى أن أقله أربعون درهما ، استدلالا ببعض الحوادث التى قدر فيها هذا التقدير ، وقياسا على نصاب السرقة عند كل منهم .

ومذهب الحنفية المعمول به أن أقل المهر عشرة دراهم . كانت تساوى فى الأحوال الاقتصادية العادية خمسة وعشرين قرشا وقد استدلوا على ذلك بما رواه جابر عن النبى — صلى الله عليه وسلم ـ « لا مهر أقل من عشرة دراهم » وقد روى مثل هذا عن عمر وعلى وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم . كما قاسوا تقدير المهر على نصاب السرقة الذى يوجب القطع عندهم .

والحق هو ما ذهب إليه الشافعى وأحمد . لأن الحديث الذى استندا إليه هو أصح ما يروى فى هذا الشأن باتفاق العلماء . وأما غيره فلم تثبت صحته(١) .

---

(١) ولهذا نص مشروع التقنين الموحد على أنه لاحد لأقل المهر ولا لأكثره ، وأن كل ماصح التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا . وقد كان هذا هو المعمول به فى سوريا بمقتضى المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية . وقد أبقت على ذلك لجنة المراجعة . وبينت مذكرتها الايضاحية أن القول بأن المهر ليس له حد أدنى هو قول عمر وابن عباس وأبى سعيد الخدرى ، وجابر بن عبد الله والحسن البصرى وابن المسيب والليث والاوزاعى والشافعى وأهل الظاهر .

ما يصلح مهرا فى المذهب الحنفى :

٧٦ — قلنا : إن المعمول به هو المذهب الحنفى ، وقد قرر فقهاؤه أن كل مال متقوم معلوم علما نافيا للجهالة الفاحشة ، يصلح أن يكون مهرا متى بلغت قيمته عشرة دراهم أو أكثر ، فيصح أن يكون المهر عقارا وأن يكون منقولا ، سواء أكان مكيلا أو موزونا أو حيوانا ، إلى غير ذلك ، كما يصح أن يكون منفعة لها قيمة مالية : كسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، فإن كانت المنفعة لاتقوم بمال ، كما لو جعل مهرها أن يطلق زوجته أو ألا يتزوج عليها ، لم تصلح لأن تكون مهرا ، ولو جعل مهرها أن يعلمها القرآن كله أو بعضه ، أو أن يعلمها أحكام الدين ، لم يكن ذلك مهرا عند متقدمى الحنفية ، لكون ذلك التعليم منفعة لاتقابل بمال ، لعدم جواز أخذ الأجر على ذلك ، لأنها طاعة من الطاعات ، يثاب عليها فى الآخرة ، ولا يؤخذ عليها أجر مادى فى الدنيا .

وقد ذهب المتأخرون منهم إلى أن أخذ الأجر على ذلك صحيح ، حتى يتفرغ معلمو القرآن لتحفيظه والدين لتعليمه ، ولا يشغلوا أنفسهم بكسب العيش فكان تعليم للقرآن أو الدين منفعة تقابل بالمال .

ولو سمى لها مهرا لا يسمى مالا ، أو كان المهر مالا غير متقوم كالخمر والخنزير ، فإن تسميته لا تصح بالنسبة للمسلم ، ولو كانت زوجته كتابية .

وإذا جعل مهر زوجته ثوبا من الصوف أو الحرير ، أو جعله قنطارا من القطن ، أو بقرة ، دون تعيين ، صحت التسمية لكون المسمى مالا ، وكان الواجب عليه هو الصنف المتوسط مما سماه أو قيمته . وقد اغتفرت الجهالة فى هذه التسمية ، لأنها جهالة يسيرة غير فاحشة ، والجهالة اليسيرة يتسامح فيها عند تقدير المهر فى الزواج ، لأن المال ليس مقصوداً أصليا فيه ، بخلاف عقود المعاوضات المالية ، فان المـــال فيها مقصود لذاته ، أما إذا كانت الجهالة فاحشة كما إذا جعل مهرها حيوانا دون أن يبين نوعه ، فان التسمية لاتصح ، لعدم امكان ازالة هذه الجهالة ، مما يترتب عليه حصول النزاع بين الزوجين فى نوع الحيوان المسمى .

وفساد تسمية المهر لا تأثير له على صحة عقد الزواج نفسه ، فيقتصر الفساد على تسمية المهر ، ولا يتعدى ذلك إلى الزواج ، فيكون صحيحاً ويجب حينئذ مهر المثل .

صاحب الحق فى المهر :

٧٧ — المهر ابتداء أى حين التسمية تتعلق به حقوق ثلاثة :

(١) حق الشرع .　　　(٢) حق الزوجة .　　　(٣) حق أوليائها .

وحق الشرع فى ذلك عند الحنفية ألا يقل المهر عن عشرة دراهم كما وردت بذلك الآثار .

وحق الزوجة فى ذلك ألا يقل مهرها عن مهر مثلها إذا زوجها وليها ، فإذا زوج الولى البالغة العاقلة بمهر أقل من مهر مثلها ، كان لها حق الاعتراض على التسمية ، والأمر فى ذلك إليها ، فإن أجازتها جازت ، وإن ردتها بطلت .

وحق الأولياء فى المهر ألا يقل المهر المسمى عن مهر المثل ، إذا ما زوجت البالغة العاقلة نفسها ، فلو كان ماسمته أقل من مهر مثلها ، كان لأوليائها حق الاعتراض وطلب فسخ الزواج من القضاء .

وإسقاط الزوجة أو الولى حقه فى ذلك لا يسقط حق الآخر . فإذا ماسمى المهر فى العقد تسمية صحيحة ، روعى فيها حق الشرع ، وحق الزوجة ، وحق أوليائها ، على النحو السابق . فقد أصبح المهر بعد ذلك حقاً خالصاً للزوجة ، تتصرف فيه كما تشاء ، فإن شاءت قبضته ، وإن شاءت أبرأت زوجها منه ، لا سلطان لأحد عليها فى ذلك ، ولو كان وليها ، مادامت أهلا للتصرفات المالية . وتنتهى من هذا إلى أن حق الشرع وحق الأولياء فى المهر لا يظهران إلا وقت العقد ، وابتداء التسمية فقط . وأما حق الزوجة فإنه يثبت معهما فى الابتداء ، وينفرد وحده بعد ذلك فى حالة البقاء والانتهاء .

تعجيل المهر أو تأجيله :

٧٨ — قلنا إن المهر بعد أن يسمى ويثبت فى ذمة الزوج لزوجته يصبح حقاً خالصاً لها ، فيكون لها أن تتفق معه على تعجيله ، أو تأجيله كله ، أو جعل بعضه عاجلا وبعضه آجلا ، سواء أ كان الأجل قريبا أو بعيداً ، وسواء أ كان مؤجلا إلى تاريخ معين ، أو إلى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق ، أو جعله أقساطا شهرية أو سنوية ، فإن لم يكن هناك اتفاق على ميعاد سداد المهر، احتكم فى ذلك إلى عرف البلدالذى تم فيه الزواج ، فإن من القواعدالمقررةأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والعرف فى مصر يجرى على تعجيل النصف ، وتأجيل النصف لأقرب الأجلين فى بعض البلاد ، وعلى تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث لأقرب الأجلين فى بلاد أخرى .

المهر الذى يجب :

٧٩ — يختلف المهر الواجب فى عقد الزواج باختلاف الأحوال ، تبعا لوجود التسمية وعدمها ، وصحتها وفسادها ، فقد يكون المهر الواجب هو المهر الذى سمى فى العقد ، وقد يكون الواجب هومهر المثل ، وقد يكون الواجب هو الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ، وقد يكون الواجب هو الحدالأدنى للمهر .

ونبين الحالات التى يجب فيها كل نوع من هذه الأنواع فيما يلى :

وجوب المهر المسمى :

٨٠ — يجب المهر المسمى فى العقد إذا كان عقد الزواج صحيحا ، وكانت التسمية صحيحة فى العقد أو بعده ، بأن كان المهر مالا متقوما معلوما ، قد بلغت قيمته عشرة دراهم فأ كثر ، مع ملاحظة أن يكون المهر المسمى يعادل مهر مثلها إذا كان لها ولى ، وإلاكان له الاعتراض وطلب فسخ العقد ، إلاإذا أ كمل الزوج المهر إلى مهر المثل .

وجوب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل :

٨١ — ويجب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل، إذا كان عقد الزواج فاسدا ، وكانت فيه تسمية صحيحة للمهر. ثم دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا ، ومثال ذلك أن يتزوج رجل بامرأة زواجا فاسداً بأن لم يحضره شهود ، وقد سمى لها فى العقد مهراً قدره خمسون جنيها ، بينما مهر مثلها مائة ، فإن الذى يجب لها بالدخول هو القدر المسمى وهو خمسون جنيها فقط ، لأنها رضيت به ، وأسقطت بعض حقها . ولو كان المسمى مائة ، بينما مهر مثلها خمسون جنيها ، كان الواجب خمسين فقط ، مقدار مهر المثل ، وهو الواجب الأصلى .

وقد خالف زفر فى ذلك ، وجعل الواجب فى الدخول بناء على عقد الزواج الفاسد هو مهر المثل بالغا ما بلغ ، دون اعتبار للمهر المسمى فى العقد ، لأن فساد العقد يمنع اعتبار التسمية الواردة فيه ، فلا ينظر إليها .

وجوب مهر المثل :

٨٢ — ويجب مهر المثل إذا كان عقد الزواج صحيحاً ، وكانت تسمية المهر غير صحيحة . ويدخل فى ذلك :

(١) إذا لم تكن هناك تسمية فى العقد أصلا .

(٢) إذا اشتمل العقد على تسمية غير صحيحة ، بأن سمى لها ماليس مالا ، أو سمى لها مالا غير متقوم ، أو سمى لها مالا مجهولا جهالة فاحشة (١) .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فيما إذا جعل مهرها أن يقوم بخدمتها فى المنزل مدة معلومة ، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن هذه التسمية غير

---

(١) تزوج الاشعث مليكة بنت زرارة على حكمها ، فحكمت بمائة ألف درهم ، فردها عمر إلى أطناب بيتها أى إلى أمثال أهلها ، والمراد مهر أمثالها (المصباح المنير ماده طنب) .

صحيحة ، لما فيه من قلب أوضاع الحياة الزوجية المعروفة ، وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل ، وذهب محمد إلى صحة التسمية إلا أنه لا يمكن استيفاء هذه المنفعة للمعنى الذى ذكره الشيخان : وهو قلب الأوضاع ، فيكون الواجب هو قيمة هذه المنفعة لتعذر استيفائها .

فإذا كان مهرها الذى سمى فى العقد هو قيامه بزراعة أرضها ، أو بناء دارها ، أو نحو ذلك ، فقد ذكرت بعض الروايات أن الخلاف يجرى فى ذلك أيضاً ، بينما ذكرت الأخرى أنه لاخلاف فى صحة هذه التسمية ، ووجوب ذلك على الزوج ، فليس فيه قلب للأوضاع الزوجية .

(٣) إذا اتفق الزوجان على نفى المهر ، بان قال لها : تزوجتك على ألا يكون لك مهر ، فقالت : قبلت ، فإن المهر يجب مع ذلك ، لأن الشارع قد اعتبر المهر حكما لازماً للزواج ، فلا يملك الزوجان نفيه ، ويكون المهر الواجب حينئذ هو مهر المثل .

ويدخل فيما سبق الزواج المعروف بزواج الشغار ، وهو أن يزوج رجل امرأة فى ولايته لرجل آخر ، على أن يكون مهرها أن يزوجه الآخر بمن فى ولاية ، بمعنى أن مهر كل منهما هو زواج الأخرى . فإن الحنفية يذهبون إلى صحة هذا الزواج لتوافر شروط صحته ، ويوجبون فيه لكل من الزوجتين مهر مثلها ؛ بينما يرى جمهور الفقهاء فساد هذا الزواج وعدم صحته ، لما رواه ابن عمر من أن النبى — صلى الله عليه وسلم — نهى عن نكاح الشغار . ويرد الحنفية على استدلال الجمهور بهذا الحديث ويقولون: إن النهى عن هذا الزواج إنما كان لعلة هى عدم وجود المهر فيه ،ونحن نقول بصحته مع وجوب مهر المثل ، فلا يكون زواجا بغير مهر ، فلا يشمله النهى .

ويضيف زفر إلى ذلك حالة أخرى أشرنا إليها فيما سبق ، وهى حالة الزواج الفاسد وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة ، فإنه يوجب مهر المثل بالغا مابلغ ، أما الأئمة الثلاثة فيوجبون الأقل من المسمى ومهر المثل .

كما يضيف زفر أيضاً حالة تسمية الزوجين مهراً أقل مما أوجب الشرع ، وهي التي سنذكرها عند الكلام في وجوب الحد الأدنى للمهر .

تقدير مهر المثل :

٨٣ — يقدر مهر مثل الزوجة بمهر امرأة من أسرة أبيها ، كأختها الشقيقة ، وأختها لأبيها ، وعمتها ، وبنت عمها ، فإن لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها ، قدر مهرها بمهر امرأة تماثلها من أسرة تضاهي أسرة أبيها ، وعلى هذا لا ينظر إلى مهر أمها ، أو خالتها ، أو امرأة من قرابة أمها ، إلا إذا كانت من قرابة أبيها ، وذلك أن المعتبر هو القرابة التي تنسب إليها المرأة ، وهي تنسب إلى أبيها لا إلى أمها . وقد جاء هذا في حديث ابن مسعود عن المرأة التي مات زوجها ولم يسم لها مهراً ، حيث قال : « لهـا مثل مهر نسائها » والمراد بهن النساء من أسرة الأب .

وقد ذهب الشافعي إلى أنه إذا لم تكن للمرأة من يماثلها من أسرة أبيها ، اعتبر مهر مثلها بمهر امرأة ذات رحم محرم منها من قرابة الأم . لأن قرابة الأم أحق باتخاذها أساساً ممن ليست قريبة مطلقاً .

ويراد بالمماثلة بين المرأتين أن تكون المرأة التي يتخذ مهرها أساساً لتقدير مهر الأخرى مماثلة لها في السن والجمال والمال والعقل والتدين والخلق والبكارة أو الثيوبة والثقافة التربية ، والخلو من الأولاد أو عدمه ، وأن تكون المرأتان من أهل بلد واحد ، ومن جيل متحد ، وغير ذلك من الأوصاف التي يختلف باختلافها مهر النساء في العرف والعادة .

ولا يشترط تحقق المماثلة التامة بين المرأتين في هذه الأوصاف ، فإن ذلك مما يندر وجوده ، ويكفي في المماثلة التقارب بينهما وعدم التفاوت الكبير .

وكما تدخل أوصاف الزوجة في تقدير مهر مثلها . تدخل كذلك أوصاف الزوج التي يكون لها دخل في تقدير المهر ، كالجاه ، والمال ، والحسب ، والسن ،

والدين ، والثقافة . فإن من تتزوج بشاب موسر متدين مثقف . لا يكون مهرها مثل مهر من تتزوج بعجوز معسر غير متدين ولا مثقف . فان العرف قد جرى على زيادة مهر الثانية تعويضاً لها عما فاتها فى أوصاف زوجها .

وتثبت المماثلة بين المرأتين ، ومقدار مهر الزوجة ، بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين من العدول ، لأن هذه الشهادة يترتب عليها حق مالى ، فيكون المعتبر فى نصابها نصاب الشهادة على المال .

وجوب أقل المهر :

٨٤ — يجب الحد الأدنى للمهر. وهو عشرة دراهم . كان مقدارها فى الأحوال الاقتصادية العادية خمسة وعشرين قرشاً ، إذا سمى فى العقد قدر أقل من ذلك ، كما إذا تزوجها على عشرة قروش . فان الواجب حينئذ خمسة وعشرون . عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، لأن المهر قد سمى تسمية صحيحة ، فكان هو الواجب ، إلا أن الشارع قد وضع حداً أدنى للمهر لا يملك الزوجان النزول عنه . فيرفع إلى هذا القدر مراعاة لحق الشارع .

أما زفر فيجب فى هذه الحالة مهر المثل ، لأن تسمية مهر أقل من الحد الأدنى فى الشرع ، تسمية ملغاة وغير معتبرة فى نظر الشارع . فيكون العقد قد تم من غير تسمية . والعقد الخالى من التسمية يجب فيه مهر المثل .

وإذا كان المهر المسمى فى العقد ليس من النقود ، كان المعتبر فى قيمته وقت العقد لا وقت القبض . فلو تزوج امرأة على ثوب قيمته وقت العقد تساوى عشرة دراهم ، كان هو المهر الواجب ولو نزلت قيمته عن ذلك يوم القبض حتى أصبحت سبعة مثلا ، لأن حق الشارع إنما يعتبر وقت إنشاء العقد فقط . فيكون المعتبر فيه القيمة وقت العقد .

ولو كانت قيمة الثوب يوم العقد سبعة دراهم ثم ارتفعت بعد ذلك ، وصارت

يوم قبض الزوجة عشرة دراهم أو أكثر من ذلك ، كان المهر الواجب هو الثوب باعتبار أن قيمته يوم العقد سبعة دراهم مع ثلاثة دراهم لتكملة أقل المهر .

مؤكدات وجوب المهر كاملا :

٨٥ — بينا فيما سبق أن العقد الصحيح يجب به المهر المسمى تسمية صحيحة ، أو يجب مهر المثل ، أو يجب الحد الأدنى للمهر . تبعاً لاختلاف الحالات السابقة . ونقول : إن هذا الوجوب الذى يثبت بمجرد العقد الصحيح وجوب غير مستقر . بمعنى أن المهر مع وجوبه يكون قابلا للسقوط كله أو بعضه لعارض من العوارض التى سنبينها .

ولكى يتأكد وجوب المهر كاملا لا بد من تحقق أمر آخر من أمور ثلاثة [1] وهى :

---

(١) يوافق الإمام أحمد على ماذهب إليه الأحناف من المؤكدات الثلاثة . ويرى فوق ذلك أن كل أمر يفعله الزوج مع زوجته استيفاء لاحكام الزواج ، كالنظر إليها بشهوة أو لمسها بشهوة أيضاً أو تقبيلها ، يؤكد وجوب المهر أيضاً ، ولو كان قد حصل علنا ، لأن استيفاءه لهذه الحقوق يؤكد حقها فى المهر كالدخول الحقيقى والخلوة .

ويرى الإمام الشافعى وداود الظاهرى أن الخلوة لا تؤكد المهر مطلقاً . ولا يؤكده إلا الدخول الحقيقى ، أو الموت . ويرى الإمام مالك أن الخلوة لا تؤكد المهر إلا إذا كانت خلوة بناء بعد زفاف الزوجة إلى زوجها وكانت قد استمرت مدة طويلة أقلها سنة ، فان هذه المدة الطويلة تقوم مقام الدخول الحقيقى فى تاكيد المهر ، ولو لم يحصل فيها مباشرة فعلية . ويقول ابن رشد : اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى : «وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم أحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتانا وإثماً مبينا ، وكيف تاخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » وأما وجوبه بالموت =

١ — الدخول الحقيقي .

٢ — الخلوة الصحيحة وتسمى الدخول الحكمى .

٣ — الموت

وإنما تأكد وجوب المهر فى هذه الحالات الثلاث ، لأنه فى حالة الدخول الحقيقي قد استوفى الزوج مقصوده من الزواج . فكان من حقها أن تأخذ مهرها كاملا بعد ذلك . ومثل الدخول الحقيقي فى ذلك مظنته وهى الخلوة الصحيحة بالزوجة . لأن الزوجة فيها تكون قدسلمت نفسها له تسليما يمكنه معه استيفاء مقصوده من الزواج . وهذا هو ما تملكه ، وسكوته عن تنفيذ غرضه من الزواج لا مدخل لها فيه . فيتأكد المهر كاملا حينئذ أيضا .

أما تأكد المهر بموت أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة فلأن الموت قد أنهى الزواج بينهما . والشيء إذا ماانتهى تتقرر أحكامه كاملة . ومن احكام الزواج المهر . هذا فضلا عن ان مسقطات المهر كله او بعضه التى جاءت بها الشريعة ، إنما تكون فى الفرقة قبل الدخول حال حياة الزوجين . وبحصول الدخول الحقيقي أو الحكمى أو الموت يمتنع وجود شيء منها .

الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة :

٨٦ — ويقصد بالدخول الحقيقي الاتصال الجنسى بين الزوج وزوجته . أما الدخول الحكمى وهو الخلوة الصحيحة ، فيكون باجتماع الزوجين بناء

= فللاجماع على ذلك . واختلفوا فى الخلوة التى يعبر عنها بارخاء الستور ، فقال مالك والشافعى وداود : لا يجب فيها إلا نصف المهر . وقال أبو حنيفة : يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما أو مريضاً أو صائماً فى رمضان أو كانت المرأة حائضا . وقال ابن أبى ليلى : يجب المهر كله ولم يستثن من ذلك شيئا (بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١ بتصرف وتلخيص) .

على عقد زواج صحيح فى مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما ومن دخوله بلا استئذان ، ودون أن يكون هناك مانع يمنع من الدخول الحقيقى .

شروط الخلوة

فيشترط لصحة الخلوة وترتيب الآثار عليها : (١) أن تكون بعد عقد زواج صحيح ، فإذا كانت الخلوة بعد عقد زواج فاسد كانت فاسدة . (٢) وألا يوجد مانع حقيقى ، ولا مانع طبيعى ، ولا مانع شرعى ، يمنع من مباشرة الزوج لزوجته ، وإلا كانت خلوة فاسدة أيضاً .

والمانع الحقيقى هو أن يوجد بالزوجة ما يمنع الدخول بها كصغرها أو مرضها مرضاً مانعاً من الاتصال بها أو وجود عيب خلقى بها ، فإن الخلوة مع من يتحقق فيها وصف من هذه الأوصاف لا تكون صحيحة ، لعدم إمكان الدخول الحقيقى .

والمانع الطبيعى أن يوجد مع الزوجين شخص آخر سواء أ كان فى صحوته أو فى نومه ، وسواء أ كان مبصراً أم كان أعمى ، وسواء أ كان بالغا أم كان صبياً يعقل ، لأن وجود هؤلاء يمنع من مباشرة الزوج لزوجته بمقتضى الطبع ، وهذا ظاهر فى الصاحى والمبصر والكبير ، أما النائم فإنه قد يكون متناوماً أو يصحو فجأة ، وأما الأعمى فإنه يسمع ويحس ، وأما الصغير الذى يدرك المباشرة الزوجية فى حكم الكبير أيضاً ، فاذا كان صغيراً لا يدرك لهذه المباشرة معنى ، فان وجوده لا يمنع من صحة الخلوة .

والمانع الشرعى أن يكون الزوجان أو أحدهما فى حالة تمنعه شرعاً من الاتصال بالآخر كصوم رمضان والإحرام بالحج إلى بيت الله الحرام ، وكون الزوجة [1] حائضا أو نفساء ، فان الاتصال فى هذه الحالات حرام شرعاً ،

---

(١) ويمكن اعتبار حيض الزوجة ونفاسها مانعاً طبيعياً أيضاً ، لأن الطبع السليم يمنع من الاتصال بالمرأة فى هذه الحالة .

والأصل حمل حال المسلم على الصلاح [1] ، فتكون هذه الأمور مفسدة للخلوة .

الأحكام المشتركة بين الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة :

٨٧ — ويشترك كل من الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة فى الأمور التالية :

١ — تأكد جميع المهر للزوجة (٢) .

٢ — وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة .

٣ — ويجب تبعا لوجوب العدة نفقتها فى تلك العدة من طعام وكسوة

---

(١) وقد استحسن بعض الفقهاء وجوب العدة فى الفرقة التى تكون بعد الخلوة الفاسدة لمانع شرعى احتياطا . فليس كل الناس يمتثلون الأوامر الدينية، بخلاف المانع الحقيقى والطبيعى ، فان الدخول لا يتحقق .

(٢) وقد ذهب مشروع القانون الموحد إلى عدم اعتبار الخلوة الصحيحة مؤكدة لوجوب المهر ، وبينت مذكرته الإيضاحية أنه مراعاة للاوضاع الاجتماعية وما هو أقرب إلى العدل والمصلحة ، واستناداً إلى فقه الشافعى ومالك ، ونظراً لأن السبب الأصلى لاستقرار جميع المهر إنما هو الدخول الفعلى أى المباشرة الجنسية ، باتفاق الفقهاء ، وإنما أقام الخلوة الصحيحة من أقامها مقام الدخول على سبيل الاحتياط باعتبار الخلوة مظنة الدخول ، ونظرا لأن هذا الاحتياط من المذهب الحنفى ومن وافقه باقامة الخلوة مقام الدخول الحقيقى وهو الوطء ، قد أصبحت له فى هذا العصر مشكلات — كثر وقوعها ، وأصبح مجالا للاستغلال، ولكثرة خلوة العروسين بعد العقد قبل الزفاف على سبيل الزيارة والتنزه مما فشا فى عادات الناس ولم يكن موجودا من قبل ، تقرر أن الدخول هو الذى يؤكد المهر دون الخلوة ، وأن الزفاف يعتبر دليلا على الدخول . . ولا يقبل إثبات العكس إلا بالإقرار أو بقاء الزوجة على بكارتها إذا كانت بكرا ، ولكن لجنة المراجعة لم تر ذلك ، وأبقت الخلوة الصحيحة مؤكده للمهر فى المادة ٤٩ . ولكل من الرأيين سنده الفقهى .

وسكنى ، وحرمة التزوج بأحد محارمها حتى تنتهى العدة ، وحرمة التزوج بغيرها مدة العدة إذا كان فى عصمته ثلاث غيرها .

٤ — ثبوت النسب ، مع ملاحظة أن ثبوت النسب أثر من آثار العقد الصحيح فى الحقيقة ، وليس أثراً للدخول أو الخلوة فى المذهب الحنفى ، كما سيأتى عند الكلام على ثبوت النسب .

٥ — وقوع الطلاق البائن وهى فى العدة ، وقد كان الأصلى ألا يقع الطلاق البائن على المعتدة من طلاق قبل الدخول الحقيقى وبعد الخلوة الصحيحة ، لأن الطلاق الأول فى هذه الحالة بائن ، والطلاق البائن لا يلحقه طلاق بائن ، ولكن استثنيت هذه الحالة من تلك القاعدة احتياطا .

الاحكام التي تختلف فيها الخلوة والدخول :

٨٨ — وتختلف أحكام الخلوة عن أحكام الدخول فى الأمور الآتية :

١ — الإحصان — فان الإحصان الذى يشترط فى رجم الزانى يتحقق بالدخول الحقيقى بالزوجة . فمن زنى بامرأة بعد الدخول بزوجته استحق أقصى العقوبة وهى الرجم ، بخلاف ما إذا زنى بامرأة بعد الخلوة الصحيحة بامرأته ، فانه لا يستحق الرجم، وإنما يعاقب بالجلد ، وذلك أن الإحصان يتحقق بالزواج والدخول الحقيقى بالزوجة ، والخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقى فى هذا الشأن ، لأن الحدود تدرأ أى تمنع بالشبهات ، وفى حالة الخلوة الصحيحة لا يتيقن من تحقق شرط الرجم وهو الدخول الحقيقى .

٢ — حرمة الزواج بالربائب ، فان الزواج بالربيبة وهى بنت الزوجة إنما يكون حراما إذا حصل الدخول الحقيقى بالأم ، اتباعا للنص القرآنى الوارد فى ذلك وهو قوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم »، فمن تزوج بامرأة واختلى بها فقط ثم طلقها بعد ذلك ، لا يحرم عليه الزواج ببنتها بعد أن تنتهى عدتها .

٣ — حل المطلقة ثلاثا لمطلقها ، حيث يشترط فى ذلك أن يدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقيا ، ثم يطلقها أو يموت عنها ، وتنتهى عدتها ، فلو تزوجها الثانى واختلى بهـا خلوة صحيحة مجردة من الدخول الحقيقى ، لم تحل للأول بعد طلاقها وانتهاء عدتها من الثانى ، وذلك لأن النصوص الشرعية قد اشترطت فى حلها لزوجها الأول تحقق الدخول بها من الزوج الثانى .

٤ — الرجعة ، إذ يعتبر الدخول الحقيقى بالمعتدة من طلاق رجعى مراجعة فعلية من المطلق ، بخلاف الخلوة الصحيحة بهـا فانها لا تعتبر مراجعة لها .

٥ — وصف الطلاق ، فان الطلاق الصريح بعد الدخول الحقيقى يـكون طلاقا رجعيا إلا إذا كان مكملا للثلاث ، أو كان طلاقا على مال ، أما الطلاق بعد الخلوة فقط ، فانه يـكون بائنا .

٦ — الميراث ، فان المطلقة بعد الدخول الحقيقى يـكون طلاقها رجعيا على الوجه الذى بيناه فى الفقرة السابقة ، فاذا مات أحدهما فى العدة ورثه الآخر ، لبقاء الزوجية حكما فى الطلاق الرجعى ، بخلاف المطلقة بعد الخلوة الصحيحة ، فان طلاقها يكون بائنا ، يقطع الزوجية القائمة بينهما ، فاذا مات أحدهما فى العدة لم يرثه الآخر .

٧ — البكارة والثيوبة ، فان من تطلق من زوجها بعد دخول حقيقى تكون ثيبا تزوج بعد ذلك زواج الثيبات ، أما من تطلق بعد الخلوة فانها تزوج زواج الأبـكار ، لـكونها بـكرا حقيقة .

إثبات الخلوة :

٨٩ — تثبت الخلوة بمصادقة الزوجين أى باتفاقهما عليها ، أو بالبينة ، فان اختلفا فى حصولها ولم تـكن هناك بينة ، وادعت الزوجة أن لها المهر كاملا لاختلائه بها ، وأنـكر الزوج ذلك ، فالقول قول الزوجة مؤيدا بيمينها التى

تحلفها ، لأن دعواها موافقة للأصل فى المهر . وهو ثبوته كاملا فى ذمة زوجها بالعقد ، والقول قول من يشهد له الظاهر .

الموت :

٩٠ — وهو مؤكد لوجوب المهر سواء أكان الميت هو الزوج أو الزوجة ، وسواء أكان الموت موتا طبيعيا أم بقتل أجنبي لواحد منهما ، أم بقتل أحدهما الآخر ، أم انتحاراً بقتل أحدهما لنفسه فى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد .

أما الموت الطبيعى ، فالأمر فيه ظاهر ، وقد سبق توضيحه ، وكذلك الموت بقتل الأجنبى ، إذ لا دخل لأحد الزوجين فيه .

أما قتل أحدهما للآخر ، فإما أن يكون القاتل هو الزوج ، فيجب المهر أيضاً ، وجنايته عليها لا تكون سببا فى سقوط المهر عنه وانتفاعه بذلك ، ولا خلاف لأحد من الفقهاء فى هذه الأحوال السابقة ، وإما أن يكون القاتل هو الزوجة ، فيجب لها المهر أيضاً عند أئمة المذهب الحنفى الثلاثة ، لانتهاء عقد الزواج وتقرر أحكامه ، وقد خالف فى ذلك زفر من الأحناف ، والشافعى ، ومالك . وأحمد ، ولم يروا وجوب المهر لها ، لأن موت زوجها كان بسبب قتلها له ، والقتل جناية لا يستفيد منها الجانى ، ولا يتأكد بها حقه ، وقياسا على الميراث ، فإنه مع كونه حكما من أحكام الزواج ، قد حرمها الشارع منه لجنايتها على زوجها ، فكان حرمانها من المهر أيضاً أحق وأولى ، وقياسا على ردتها ، فإنها إذا ارتدت قبل الدخول سقط مهرها كله ، لأنها قد أنهت الزواج بمعصية ، والمعصية متحققة أيضاً فى قتلها لزوجها .

بقى بعد ذلك أن يكون موت الزوج بقتله لنفسه أى بانتحاره ، فيجب المهر أيضاً باتفاق الأئمة ، لأن زوجته لا دخل لها فى جنايته على نفسه ، حتى يسقط مهرها .

وبقى أيضاً الصورة الأخيرة وهى أن تقتل نفسها ، فانها تستحق المهر أيضاً ،

ويكون لورثتها فى رأى جمهور الفقهاء خلافا لزفر، فإنه يرى أن قتلها لنفسها جناية منها ومعصية كالارتداد ، وقد ضيعت به على الزوج حقه فى الحياة الزوجية فيسقط جميع مهرها .

ويتلخص مما سبق أن استحقاق الزوجة لجميع المهر بالموت محل اتفاق من الفقهاء فى جميع الصور ، إلا فيما إذا قتلت نفسها فقد خالف فى ذلك زفر ، أو إذا قتلت زوجها فقد خالف فيه الأئمة الثلاثة وزفر أيضاً .

ورأى الأئمة الثلاثة وزفر فيما إذا قتلت زوجها ظاهر القوة والرجحان ، لأن حرمان الشارع لها من الميراث ، لا يتفق معه إثبات المهر لها ، وكل منهما حكم من أحكام عقد الزواج . ثم إنها « تتبرم بالحياة الزوجية قبل الدخول ، فتزيلها بقتل زوجها ، فكيف تنعم بمهر من هذه الحياة التى تبرمت بوجودها ؟ إن ذلك غير معقول فى ذاته ، وليس من العدل فى شىء » .

وجوب نصف المهر :

٩١ — يجب نصف المهر للزوجة ويسقط نصفه ، إذا كان الزواج صحيحاً، وكانت تسمية المهر صحيحة ، ثم طلق الزوج زوجته قبل الدخول أو الخلوة ، أو حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول والخلوة أيضا بسبب من قبل الزوج ، لقوله تعالى: « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم ، إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم » فقد بينت هذه الآية حكم الطلاق قبل الدخول الحقيقى أو الحكمى ، وأن الواجب فيه نصف المهر المسمى (١) ، ويقاس عليه كل فرقة

---

(١) ومنطق إيجاب نصف المهر فى هذه الحالة أننا إذا نظرنا إلى الطلاق باعتباره قد حصل قبل استيفاء المقصود من الزواج ، لم نوجب شيئاً من المهر ، لأن المعقود عليه وهو الزوجة بحالته التى كان عليها قبل العقد ، وإذا نظرنا إليه باعتبار آخر وهو أنه قد حصل من الزوج ، ولا دخل للمرأة فيه ، وأنه الذى لم =

من قبل الزوج سواء أ كانت الفرقة طلاقا أم فسخاً . فيدخل فى ذلك الفرقة بسبب ارتداد الزوج المسلم عن الإسلام ، والفرقة بسبب امتناعه عن الإسلام بعد إسلام زوجته ، والفرقة بسبب اقتراف الزوج مع إحدى أصول زوجته أو إحدى فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة .

ويستثنى من هذا الحكم الفرقة التى تكون بسبب خيار بلوغ الزوج أو إفاقته فى الحالة التى يثبت فيها ، فان المهر يسقط كله كاملا لا نصفه ، لأن هذه الفرقة فسخ للعقد فسخاً كاملا يعتبر العقد معها كأن لم يكن ، لأن إيجاب نصف المهر عليه فى هذه الحالة يجعل حق خيار البلوغ أو الإفاقة الثابت له حقاً لا فائدة منه ، فإن تخلصه من الزوجة كان ممكنا عن طريق الطلاق الذى يوجب نصف المهر ، فلم يكن لخيار البلوغ أو الإفاقة فائدة ممكنة إلا إسقاط المهر .

وقد ذكرنا أن المهر الذى ينصف هو الذى يكون مسمى تسمية صحيحة فى العقد الصحيح ، أما المهر الذى يسمى فى العقد الفاسد ، فإنه لا ينصف بالفرقة قبل الدخول ، لأنه لا يترتب على العقد فى ذاته شىء ، والعقد الصحيح الذى لم يسم فيه مهر أو سمى فيه تسمية فاسدة ، لايجب بالطلاق قبل الدخول فيه نصف المهر ، وإنما تجب المتعة وسيأتى بيانها .

= يرض باستيفاء غرضه من الزواج ، أو جبنا المهر جميعه ، فكان من حكمة الشارع إيجاب نصف المهر فقط ، عملا بهذين النظرين والاعتبارين . ويضاف إلى ذلك أن إعطاء الزوجة نصف المهر فيه تسريح جميل باحسان ، والله سبحانه وتعالى قد أمر بذلك فى قوله : « وسرحوهن سراحاً جميلا » ، وقوله : « أو تسريح باحسان » ، ولهذا رغبت الشريعة فى إعطاء الزوجة النصف الباقى ، ليكون لها المهر كاملا ، تطييباً لخاطرها ، وتعويضاً عما أصابها من جرح أدبى بتطليقها قبل الدخول ، فجاء قوله تعالى: « وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم » .

وجوب المتعة [١] :

٩٢ — تجب [٢] المتعة لكل مطلقة قبل الدخول أو الخلوة ، إذا كان عقد زواجها صحيحاً ، ولم يسم فيه مهرها تسمية صحيحة ، سواء أسمى لها مهراً بعد ذلك أم لم يسم .

والدليل على وجوب المتعة فى هذه الحالة قوله تعالى: « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، ، متاعاً بالمعروف ، حقا على المحسنين » وإنما وجبت المتعة حينئذ، لأن هذه المطلقة لم يسم لها مهر وقت العقد حتى ينصف ، وتأخذ المطلقة نصفه تعويضا لها ، فوجب تعويضها بهدية لازمة تعادل نصف مهر مثلها .

والمتعة فى الأصل كسوة كاملة للمرأة مما تلبسه عند الخروج ، ولقيمتها حد أدنى وحد أعلى ، فحدها الأدنى ألا تقل قيمتها عن خمسه دراهم ، لأنها بدل عن عن نصف المهر ، وحده الأدنى عشرة دراهم ، وحدها الأعلى هو نصف مهر المثل، لأن ما يجب بالعقد فى هذه الحالة هو مهر المثل ، فيكون نصفه هو الحد الأعلى ، وليس معنى هذا أنه لايصح تجاوز هذا القدر ، بل يصح ذلك ويكون تبرعا من المطلق وتسريحا باحسان .

وقد اختلف فى أساس تقدير المتعة ، وهل هو حال الزوج فقط ، أوحال الزوجة فقط ، أو حال الزوجين معـــا ؟ وبكل واحد من هذه الآراء قال بعض الفقهاء .

أما اعتبار حال الزوج فلقوله تعالى : « ومتعوهن ، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » مما يدل دلالة واضحة على اعتبار حال الزوج .

---

(١) المتعة فى اللغة ينتفع ويتمتع به ومنه قوله تعالى : « وما الحياة الدنيا إلا متاع الغرور » .

(٢) خالف الإمام مالك فى ذلك وذهب إلى استحبابها لا إلى وجوبها .

وأما اعتبار حال الزوجة فقط فهو مقتضى القياس ، لأن المتعة بدل عن نصف مهرها ، فيكون حالتها أساس تقدير المتعة ، لأنها أساس تقدير الأصل وهو مهر المثل .

وأما اعتبار حال الزوجين ، فعملا بالدليلين السابقين ، ولأن اعتبارها بحال الزوج فقط يترتب عليه التسوية بين الغنية والفقيرة فى المتعة وهى الكسوة ، وهذا مناف لما جرى به العرف ، وكذلك اعتبارها بحال الزوجة فقط قد يكون فيه إضرار بالزوج إذا ما كانت الزوجة موسرة وكان الزوج معسراً ، وإن الآية التى أوجبت المتعة تدل على هذا ، حيث لم تقتصر على قوله تعالى : « ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره» بل زادت بعد ذلك أمراً آخر وهو الاحتكام إلى العرف بقوله تعالى : « متاعا بالمعروف » .

ولا يلزم أن تكون المتعة ثيابا بل يجوز أن تكون نقوداً أو غير ذلك مما يساوى قيمتها .

٩٣ — هذه هى المتعة الواجبة فى المذهب الحنفى ، وهناك حالات أخرى تستحب فيها المتعة . وهى الحالة التى يكون فيها الطلاق بعد الدخول فى عقد صحيح سميت فيه تسمية صحيحة للمهر ، والحالة التى يكون فيها الطلاق بعد الدخول فى عقد صحيح ، ولم تكن هناك تسمية صحيحة للمهر ، واستحبابها فى هاتين الحالتين جاء من قوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان» والمتعة من التسريح والمفارقة باحسان .

وقد أوجب الشافعى المتعة لجميع المطلقات فى جميع الأحوال ، استدلالا بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » وهو يعم كل مطلقة قبل الدخول وبعده ، سمى لها مهرا أم لم يسم ، واستدلالا بقوله تعالى: «أو تسريح باحسان » فقد فسر هذا الإحسان بالمتعة ، وجعلها واجبة ، لتعبير الآية الاولى عنها بكونها حقا اى واجبا على المتقين .

سقوط جميع المهر :

٩٤ — يسقط المهر جميعه سواء أكان هو المهر المسمى أم كان مهر المثل فى الحالتين التاليتين :

أولاهما : إذا وقعت الفرقة من قبل الزوج قبل الدخول الحقيقي أو الحكمى ، بسبب استعماله لحقه فى خيار البلوغ أو الإفاقة ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى .

ثانيتهما : إذا وقعت الفرقة قبل الدخول الحقيقي أو الحكمى ، بسبب من قبل الزوجة سواء أكان سبب الفرقة مشروعا ، كما إذا اختارت نفسها عند البلوغ أو الإفاقة فى الحالات التى يثبت لها ذلك ، أو كان غير مشروع ، كارتدادها عن الدين الإسلامى ، وإباء الزوجة المشركة اعتناق الإسلام أو أى دين سماوى آخر ، بعد أن أسلم زوجها ، وفعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة.

وإنما سقط المهر فى هذه الحالة الأخيرة ، لأن الفرقة قد جاءت من قبلها ، وقد فوتت على الزوج إستيفاء مقصوده من النكاح ، فلا يجب لها شىء من المهر.

قبض المهر :

٩٥ — تتولى الزوجة الكاملة الأهلية قبض مهرها بنفسها أو بوكيل عنها ، فإذا كانت الزوجة قاصرا تولى قبضه وليها المالى ، سواء أكان هو ولى النفس الذى يتولى تزويجها أم لم يكن ، فإذا كان الذى تولى عقد المرأة المعتوهة هو أخوها ، وكان لها وقيم معين على مالها ، فان الذى يتولى قبض المهر هو القيم ، وليس للأخ حق فى ذلك ، إلا إذا وكله القيم .

وإذا كان المهر كله أو بعضه معجلا ، وجب على الزوج إيفاء هذا المعجل لزوجته ، فان امتنع عن ذلك لم تجب عليها طاعته .

ولقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فيما إذا دخل الزوج بزوجته ، أو اختلى بها برضاها ، قبل أن يؤدى إليها معجل المهر ، ثم أرادت أن تمتنع عنه بعد ذلك حتى يوفيها هذا المعجل .

فذهب أبو حنيفة إلى أن لها ذلك، لأن رضاها بالعشرة معه قبل استيفاء المعجل

فى الزمن الماضى ، لا يسقط حقها فى المطالبة به فى المستقبل . وذلك كمن ترضى بالمعيشة مع زوجها دون إنفاق فى زمن ، لا يكون ذلك إسقاطا لنفقتها المستقبلة .

وذهب الصاحبان إلى أن قبولها للدخول بها أو الخلوة قبل استيفاء معجل الصداق قرينة على إسقاط حقها فى التعجيل ، وإذا سقط هذا الحق لم يعد بعد ذلك ، ولم يكن لها الحق فى الامتناع عن طاعته ، لأن الساقط لا يعود .

كما اختلفوا فيما إذا كان المهر كله مؤجلا إلى وقت معين ، هل يجوز للزوجة الامتناع عن الطاعة حتى يوفيها هذا المهر فى وقت حلول أجله ؟

قال أبو يوسف بذلك ، لأن حق الزوج فى طاعة زوجته ، لا يكون إلا بعد إيفائها المهر ، واشتراط الزوج لتأجيل المهر كله وهو حق الزوجة يعتبر رضا بتأجيل حقه فى طاعتها له ، حتى تستوفى حقها .

وذهب الطرفان : أبو حنيفة ، ومحمد ، إلى وجوب طاعة الزوج على الزوجة رغم تأجيل المهر ، لأن الزوج لم يؤجل تنفيذ حقوقه فى عقد الزواج ، وتأجيلها هى لاستيفاء مهرها لا دلالة فيه على تأجيل الزوج لاستيفاء حقه فى الطاعة .

وهذا الخلاف الذى جرى بين الأئمة مقصور على حالة تأجيل المهر كله ، أما إذا اشترط تعجيل بعضه ، فليس للزوجه الحق فى الامتناع عن الطاعة حتى تستوفى المؤجل ، لأن تعجيل بعض المهر يدل على أن الزوج لم يؤجل حقه فى طاعة زوجته ، بل يرغب فى استيفاء حقه عليها ، بدلالة هذا التعجيل ، وقد جرى عرف الناس على هذا .

وواضح أن هذا الخلاف لا يجرى بين الأئمة إذا كان المهر كله مؤجلا إلى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق ، وليس للزوجة الامتناع عن طاعة زوجها فى هذه الحالة حتى يوفيها مهرها ، لأن إعطاءها هذا الحق يؤدى إلى عدم تنفيذ المقصود من العقد أصلا ، فكان هذا التأجيل إسقاطا لحقها فى التعجيل ، دون أن يسقط حق الزوج فى طاعتها .

جهاز الزوجية

٩٦ — يرى الحنفية أن تجهيز بيت الزوجية واجب على الزوج ، لأن تكاليف الحياة الزوجية تقع عليه لا على الزوجة ، كما أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، ومن نفقتها إعداد مسكن الزوجية مستوفيا أدواته وجهازه

أما المهر الذى قبضته الزوجة فليس إلا هدية وعطية من الزوج لزوجته ، ويصبح خالص حقها ، ولا تلتزم باعداد الجهاز منه . وهذا هو المعمول به قضاء.

ويرى المالكية أن تجهيز بيت الزوجية واجب على الزوجة فى حدود ماقبضته من مهر ، إلا إذا اشترط عليها الزوج جهازا أكثر من مهرها أو كان العرف قد جرى على ذلك .

وسند المالكية فيما ذهبوا إليه هو العرف الذى يجرى بين الناس قديما وحديثا على تجهيز بيت الزوجية بمهر الزوجة وبزيادة تدفع منها ومن أهلها .

ومهما يكن أمر الخلاف بين الفقهاء فى هذا الشأن ، فان العرف قد جرى على تأثيث بيت الزوجية بمهر الزوجة وبمال يدفعه بعض أهلها ، فاذا زفت الزوجة بجهازها كان ملكا لها ، لا يملك الزوج الانتفاع به إلا برضاها .

فاذا قدم الزوج لزوجته مالا مقابل إعداد الجهاز أو مقابل إعداد جهاز من نوع خاص ، وكان هذا المال منفصلا عن المهر ، وجب عليها اعداد هذا الجهاز ، فاذا زفت إليه دون إحضاره ، كان له الحق فى طلب المال الذى دفعه إليها ، لأنها أخلت بالتزاماتها ولم تعد الجهاز المطلوب .

وإذا كان ماقدمه الزوج لزوجته لأجل الجهاز داخلا فى المهر ، بمعنى أنه قد

زاد فى المهر نظير الجهاز ، ثم لم تقم الزوجة باعداد الجهاز ، لم يجب لها المهر المسمى ، وإنما يجب لها مهر المثل ، فى رأى بعض الفقهاء .

أما عدم وجوب المهر المسمى ، فلأن الزوج قد زاد فيه من أجل الجهاز ولم تقم به ، وإذا لم يجب للمهر المسمى ، كان الواجب هو مهر المثل .

ويرى غيرهم أن الواجب هو المهر المسمى بالغا مابلغ ، وإلزامها باحضار الجهاز من هذا المهر لا يملكه الزوج ، لأن المهر قليلا أو كثيرا يصبح بعد التسمية خالص حقها .

تجهيز الأب لابنته :

٩٧ — يقوم الأب عادة بتجهيز بنته . فان كان هذا التجهيز بمهرها ، كان الجهاز ملكا لها ، وإن كان تجهيزها من مال الأب على سبيل التبرع منه لابنته ، فانه لا يكون ملكا لها إلا إذا قبضته ، كما هو الشأن فى جميع التبرعات ، فإنها لا تملك إلا بالقبض ، وذلك إذا كانت البنت كاملة الأهلية ، فان كانت قاصرة وفى ولاية الأب ، ملكت الجهاز بمجرد شرائه ، لأن يد الأب قائمة مقام يدها ، لما له من ولاية عليها ، فيعتبر الجهاز مقبوضا لها حكما بمجرد شرائه .

وإذا ملكت البنت الجهاز بالقبض إذا كانت عاقلة بالغة ، أو بالشراء إذا كانت قاصرة ، لم يكن للأب ولا لورثته بعد موته أن يطالبها باسترداد الجهاز المهدى إليها من أبيها ، فان الهدية إلى القريب المحرم لا يجوز الرجوع فيها بعد تمامها بالقبض .

ويجب أن يلاحظ أنه إذا كان الأب مريضا مرض الموت وقت امتلاك بنته للجهاز بالقبض أو بالشراء ، فان تبرعه بجهازها يأخذ حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا فى حدود ثلث التركة طبقا للمعمول به الآن ، فاذا مات الأب من مرضه ، وكان

جهازها لايتجاوز ثلث تركة الأب ، لم يكن لباقى الورثة شأن بجهازها ، فان كانت قيمته تتجاوز ثلث التركة ، توقفت الزيادة على إجازتهم .

نفقة الزوجة

٩٨ — نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعا ، ودليل وجوبها قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » وقوله تعالى فى شأن المطلقات « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها » وقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فقد أوجبت الآيات الإنفاق على المطلقات مدة العدة ، وإذا كانت نفقة المطلقة واجبة على من طلقها ، فنفقة الزوجة واجبة على زوجها بمقتضى هذا من باب أولى[1]

وقد جاء فى السنة مايدل على وجوب نفقة الزوجة ، ومن ذلك قوله — عليه الصلاة والسلام — فى خطبته يوم حجة الوداع : (اتقوا الله فى النساء . فانكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله . لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقوله — عليه الصلاة والسلام — (أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تكتسون ، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن) .

وقد روى أن امرأة أبى سفيان اشتكت إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ

---

(١) ويؤيد هذا قوله تعالى : « فقلنا : ياآدم ، إن هذا عدو لك ولزوجك ، فلا يخرجنكما من الجنة فتشقى » حيث اقتصر على التعليل بشقاء آدم عليه السلام ، وهو الزوج ، دون زوجته حواء ، وذلك يقتضى أن الزوج هو الذى يسعى على زوجته انظر (تفسير الجلالين ج ٢ ص ٢٦ ط الحلبى) .

بخل زوجها ، وقالت : « يارسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة مايكفيني ويكفي ولدى ، إلا ما آخذه من ماله بغير علمه ، فقال لها الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك » .

وقد أجمع فقهاء المسلمين على وجوب نفقة الزوجة على زوجها .

ثم إن إيجاب نفقة الزوجة على زوجها هو مقتضى العقل والعدل ، لأن الزوجة تكون متفرغة للزوج وللحياة الزوجية ، ومن تفرغ لحق غيره ، كانت نفقته واجبة عليه .

ويراد بنفقة الزوجة طعامها وكسوتها وسكناها .

سبب وجود النفقة وشروطها :

٩٩ — تجب نفقة الزوجة على زوجها بسبب تفرغ الزوجة للحياة الزوجية بناء على عقد الزوجية الصحيح .

وإذن ليس سبب وجوب النفقة هو مجرد العقد الصحيح كما هو الحال فى المهر ، بل التفرغ المترتب عليه والذى يمكن معه تحقيق أغراض الزواج .

ولهذا يشترط فى وجوب النفقة على الزوج شروط ثلاثة :

أولا : أن يكون عقد الزواج صحيحا ، فلا نفقة للمعقود عليها عقدا فاسدا ، حتى لو أنفق عليها ، ثم ظهر له فساد العقد ، لكون المعقود عليها أخته من الرضاع مثلا ، كان له الحق فى الرجوع عليها بما أنفق ، إذا كان قد أنفق عليها بحكم القضاء ، فان لم يكن الإنفاق بحكم القاضى بل عن رضا منه ، لم يرجع عليها بما أنفق .

والفرق بين الحالتين أن حكم القضاء ينفى نية التبرع عنه ، فيكون قد أنفق عليها تنفيذا لحكم القضاء ، على أساس أن نفقتها واجبة عليه ، بناء على أن عقد زواجها عقد صحيح ، فإذا تبين له هذا الفساد ، رجع عليها بتلك النفقة ، اما إذا كان الانفاق عليها بدون حكم من القضاء ، فانه يكون تبرعا منه ، إذ لم يلزمه أحد به ، فلا يملك الرجوع فيه .

ثانيا : أن تكون الزوجة صالحة للحياة الزوجية .

ثالثا : ألا يفوت حق الزوج فى تفـــرغ الزوجة للحياة الزوجية بغير سبب شرعى .

ويترتب على هذه الشروط معرفة من تجب لها النفقة ، ومن لا تجب لها النفقة من الزوجات ، ونبين ذلك فيما يلى :

١ — الزوجة الصغيرة : ولا تجب لها النفقة اتفاقا ، إذا كانت غير صالحة لرعاية بيت الزوجية ولا لإيناس الزوج ، فان كانت تصلح لواحدمنهما ، ولكن لا يمكن الدخول الحقيقى بها ، وجبت لها النفقة فى رأى أبى يوسف ، لرضائه بهذا القدر ، وخالفه أبو حنيفة ومحمد، وذهبا إلى عدم وجوب نفقتها على الزوج، لان المقصود الأصلى من الزواج غير ممكن الاستيفاء .

فان كانت الزوجة صغيرة ويمكن الدخول بها ، وجبت لها النفقة باتفاق أيضا ، لأن حكم هذه الصغيرة حكم الكبيرة .

٢ — الزوجة المريضة ، ولا تجب لها النفقة إذا كان مرضها شديدا لا يمكن معه زفافها إليه ، فان كان مرضها خفيفا لا يمنع الانتقال إلى بيت الزوجية ، وجبت لها النفقة سواء زفت إليه أم لم تزف ، ما دامت مستعدة للانتقال لبيت الزوجية ولم تمتنع عنه .

فاذا كان مرض الزوجة قد حدث بعد انتقالها إلى بيت الزوج ، فان نفقتها

تكون واجبة على زوجها ولو كان مرضها شديدا لا يمكن معه تحقق أغراض الزوجية ، لأنها قد دخلت بيت الزوجية ، فتجب عليه نفقتها . وفوات المقصود بسبب المرض أمر عارض كمرض الحيض والنفاس ، فلا تسقط النفقة ، وليس من حسن العشرة بين الزوجين أن يكون مرضها مانعا للزوج من الإنفاق عليها . بل إنه يدعو إليه .

٣ — الزوجة المحبوسة : ولا تجب لها النفقة سواء أكانت محبوسة فى جريمة أم فى دين لم تقم بوفائه ، لفوات التفرغ الذى يوجب الإنفاق ، ويستثنى من ذلك أن يكون حبسها بسبب حق للزوج عليها ، فإن نفقتها تكون واجبة عليه فى القول الصحيح فى المذهب الحنفى ، لأن فوات المقصود بسبب يرجع إلى الزوج .

وواضح أن نفقة الزوجة لا تسقط إذا لم تكن محبوسة ، وكان المحبوس زوجها ، سواء أكان حبسه بسببها أم بسبب أجنبى ، لأن فوات المقصود بسبب لا دخل لها فيه .

٤ — الزوجة المغصوبة : أى التى أخذت بالقوة من زوجها وحيل بينها وبين الرجوع إلى بيت الزوجية ، لفوات التفرغ بسبب ليس من قبل الزوج .

٥ — الزوجة المسافرة : إذا سافرت سفرا عاديا وحدها أو مع غير محرم لها ، فلا نفقة لها ، لفوات التفرغ بسبب من جهتها ، ولعصيانها بهذا السفر الذى لم يصاحبها فيه زوجها ولا أحد محارمها .

فان كان سفرها لأداء فريضة الحج قبل أن تنتقل إلى بيت الزوجية ، لم تجب لها النفقة أيضا ، ولو لم تكن قد أدت فريضة الحج .

فاذا كان سفرها للحج بعد ما انتقلت الى بيت الزوجية ولم يكن زوجها معها ، لم تجب لها النفقة أيضا ولو كان خروجها للحج قد كان مع محرم لها ، فى قول أبى حنيفة ومحمد، لفوات التفرغ للحياة الزوجية ، وقال أبو يوسف : تجب لها نفقة الاقامة لا السفر إذا خرجت مع محرم لها ، لأداء الفريضة ، لأن سفرها قد كان لأداء فريضة الحج التى وجبت عليها ، وتحققت استطاعتها بوجود ذى الرحم المحرم الذى صاحبها .

فاذا كان الحج الذى خرجت من أجله تطوعا لم تستحق النفقة اتفاقا .

أما إذا خرج زوجها لأداء الحج ، فإن نفقتها تجب عليه بالاتفاق ، وتكون النفقة الواجبة هي نفقة الإقامة لا نفقة السفر ، إذا كان الزوج قد سافر معها من أجل حجها ، أو كان كل منهما مسافرا بقصد الحج ، فان كان الزوج هو الذى رغب فى أداء الحج ، واستصحب معه زوجته ، فان النفقة الواجبة تكون شاملة لنفقه السفر أيضا ، لأن سفرها من أجله ، وإن كانت تؤدى الحج تبعا .

٦ — الزوجة العاملة : لا يكون لها نفقة على زوجها إذا منعها من الخروج والعمل فلم تمتثل ، لفوات حقه فى التفرغ التام للحياة الزوجية ، وفى تحقق السكن النفسى له ولأولاده ، ورعاية البيت وقد تحتاج إلى تفرغ تام ، فإن لم يمنعها الزوج من العمل بمهنتها فى التدريس أو الطب أو نحوهما ، وكان راضيا عن ذلك ، وجبت لها النفقة ، لرضائه بالتفرغ غير التام .

٧ — الزوجة الناشز : ونشوز الزوجة هو تركها لبيت الزوجية بدون سبب شرعى ، أو إباؤها الانتقال إليه بغير حق ، وتعتبر الزوجة ناشزا أيضا إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذى يسكن معها فيه من غير أن تعطيه فرصة لإعداد مسكن الزوجية .

والناشز لا نفقة لها على زوجها مدة النشوز ، لعدم البقاء فى بيت الزوجية ، فاذا عادت إلى طاعته وجبت لها النفقة من تاريخ عودتها إليه ، ولا يعود حقها فيما سقط من نفقة عن مدة نشوزها ، لأن الساقط لا يعود ، ولأن النفقة فى هذه المدة لم تكن مستحقة لها ، فلا وجه لطلبها .

ولا تعد الزوجة ناشزا إذا كان امتناعها عن طاعة زوجها بسبب شرعى ، كما إذا كان الزوج لم يؤد إليها معجل صداقها ، وكما إذا كان المسكن الذى أعده لها لم يستوف المرافق والأدوات اللازمة للحياة الزوجية ، أو إذا كان المسكن مشغولا بسكنى الغير .

وإذا امتنعت الزوجة عن تمكين زوجها من العشرة الزوجية مع بقائها فى منزل الزوجية ، لم يكن ذلك نشوزا يترتب عليه سقوط حقها فى النفقة ، لوجودها فى بيت الزوجية المحقق للطاعة بحسب الظاهر

وإذا أراد الزوج الانتقال بزوجته إلى بلد آخر غير البلد الذى يقيمان فيه وامتنعت عن ذلك ، كانت ناشزا إذا كان الزوج أمينا على نفسها وعلى مالها ، وإذ لم يكن قصده من الانتقال بها الكيد لها والإضرار بها ، وذلك أن الله سبحانه وتعالى يقول : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » فكانت سكنى الزوجة حيث يسكن ويقيم زوجها ، من غير مضارة يقصدها الزوج فى ذلك ، ويتبين للقاضى قصد المضارة والكيد من ظروف كل واحد من الزوجين .

كيفية تقدير النفقة :

١٠٠ — يتولى الزوج الإنفاق على زوجته عادة بما يحضره من طعام وكسوة وغيرهما ، فتكون قد استوفت حقها من النفقة بهذه الطريقة التى تسمى « طريقة التمكين » أى تمكين الزوجة من الحصول على النفقة ، وهذه الطريقة هى الغالبة بين الناس .

وقد تحصل الزوجة على نفقتها بطريقة أخرى تسمى « طريقة التمليك » فيفرض على الزوج مبلغ معين يعطيه لزوجته لتتولى هى الإنفاق على نفسها ، سواء أكان هذا الفرض بتراضيهما أو بقضاء القاضى .

وهذه النفقة التى تفرض على الزوج بالتراضى أو بقضاء القاضى ، يصح أن تكون نقودا أو طعاما وكسوة ، كما يصح أن تكون هذه النفقة يومية ، أو أسبوعية ، أو شهرية ، بحسب الحالة التى يكون عليها إيراد الزوج ، فان كان عاملا باليومية قدرت نفقته يوميا ، وإن كان يأخذه رتبه أسبوعيا كانت نفقته أسبوعية ، وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كانت نفقته شهرية ، تيسيرا على الزوج والزوجة فى الحصول على مقادير النفقة .

وتجرى المحاكم غالبا على فرض مبلغ من النقود لطعام الزوجة وسكناها شهريا ، وفرض مبلغ آخر لكسوتها كل ستة أشهر ، على أساس أنها تحتاج إلى كسوتين فى السنة إحداهما للشتاء ، والأخرى للصيف .

وفى بعض الأحيان يخالف القضاة هذه الطريقة ، ويحكمون على الزوج بنفقة شهرية شاملة لكل أنواع النفقة من الطعام والسكنى والكسوة .

١٠١ — ويراعى فى تقدير هذه النفقة حالة السوق غلاء ورخصا ، حتى انه إذا فرض القاضى نفقة الزوجة ، ثم ارتفعت الأسعار بعد ذلك ، كان لها الحق فى طلب رفعها ، وإذا انعكس الأمر كان للزوج طلب تخفيضها .

أساس تقدير النفقة :

١٠٢ — رأى بعض فقهاء المذهب الحنفى أن نفقة الزوجة تقدر على أساس حالها وحال الزوج ، فاذا كانا موسرين وجبت للزوجة نفقة اليسار ، وإذا كانا معسرين وجبت نفقة الإعسار ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، وجبت نفقة الوسط بين اليسار والإعسار ، إلا أنه إذا كان الزوج هو المعسر فانه يؤدى ما فى وسعه ، ويكون ما زاد على ذلك دينا عليه ، تستدينه الزوجة ممن تجب نفقتها عليــــه لو لم تكن متزوجة ، ليرجع به على الزوج إذا أيسر .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله عليه الصلاة والسلام : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » فقد اعتبرت الآية والحديث أساس النفقة هو المعروف وما جرى بين الناس ، وقد جرى العرف باختلاف النفقة بحسب يسار الزوجين أو إعسارهما أو إعسار أحدهما .

ورأى بعضهم أن نفقة الزوجة تقدر على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً وتوسطا دون اعتبار لحال الزوجة ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها » ولقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » مما يدل على اعتبار حال الزوج فقط فى تقدير النفقة .

ثم أن صلة الزوجية القائمة بين الزوجين توجب على الزوج الموسر أن ينفق على زوجته بحسب يساره وإن كانت فقيرة ، وتوجب على الزوجة أن تكتفى بما يقدر عليه زوجها إن كان فقيرا .

ورأى غيرهم أن نفقة الزوجة تقدر بحسب حالتها هى ، لأن النفقة لها ، فكان المعتبر فيها حالتها وكفايتها .

وقد كان العمل يجرى على الرأى الأول باعتباره أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، ثم عدل عنه إلى الرأى الثانى بمقتضى المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة » .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية أسباب العدول عن الرأى الأول إلى الثانى بقولها : « بما أن هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين مذاهب الأئمة الأربعة ، فمذهب الشافعى ورأى صحيح فى مذهب أبى حنيفة لاتقدر النفقة إلا بحسب حال الزوج مهما كانت حال الزوجة استناداً إلى صريح الكتاب الكريم . . . وبما أنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها أكثر مما يقدر عليه ، لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها بما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال ، فكان من المصلحة الأخذ بمذهب الشافعى ، والرأى الآخر من مذهب أبى حنيفة فى تقدير نفقة الزوجة على زوجها » .

مسكن الزوجية :

١٠٣ — قلنا : إن الزوجة تستحق أجرة مسكن ، لأن السكنى من النفقة وهى إنما تستحق هذه الأجرة إذا لم يكن الزوج قد أعد لها مسكناً شرعياً ، فان كان الزوج قد أعد لها هذا المسكن وطالبها بالدخول فيه ، فامتنعت دون ما سبب شرعى ، لم تجب لها النفقة ، ومنها أجرة السكنى ، لنشوزها وخروجها عن طاعته .

والمسكن يكون شرعياً إذا توافرت فيه شروط ثلاثة :

أولا : أن يكون مناسباً لحال الزوج المالية التي هي أساس تقدير النفقة ، سواء أكان قصراً مستقلا أو جناحا منه أو غرفة بحسب حالة الزوج ، ويشترط أيضا أن يشتمل المسكن على الأدوات والمرافق اللازمة للسكنى .

ثانياً : ألا يكون المسكن مشغولا بسكنى أحد مهما كان قريباً من الزوج ، ويستثنى من ذلك ولده الذى لم يبلغ سن التمييز ، وذلك لكي تتحقق فيه حرية الزوجة كاملة بدون مضايقات ومنازعات .

ثالثاً : أن يكون المسكن بين جيران صالحين ، حتى تأمن الزوجة على نفسها وعلى مالها إن كان لها مال ، ويعتبر وجود ضرتها فى مسكن مجاور لها إخلالا بشرعية المسكن إذا كانت تتأذى من وجودها .

نفقة الخادم :

١٠٤ — وإذا كان الزوج قد بلغ من اليسار درجة بحيث تخدم زوجته ، وجبت عليه أجرة خادم لها ، لأن الخدمة من النفقة ، ويساره يتسع لدفع الأجرة ، ثم لا يفرض لها أكثر من أجر خادم واحد فى رأى أبى حنيفة ومحمد ، لأن خادماً واحداً يكفى ، فلا حاجة إلى من عداه ، ورأى أبو يوسف أنها تستحق أجر خادمين أو أكثر بحسب حالة الزوج ويساره ، وهذا هو المفتى به ، نظراً لاتفاقه مع عرف أصحاب اليسار واستعانتهم بأكثر من خادم فى شئونهم المتنوعة .

متى تعتبر النفقة دينا على الزوج :

١٠٥ — يرى الحنفية أن نفقه الزوجة لها ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن تكون النفقة غير مفروضة بتراضى الزوجين أو بقضاء القاضى ، وفى هذه الحالة لا تكون نفقة الزوجة ديناً على زوجها إذا كانت المدة

المطلوب عنها النفقة شهراً فأكثر ، فإذا كانت المدة أقل من ذلك كان لها الحق في طلبها .

الحالة الثانية : أن تكون نفقة الزوجة مفروضة بالتراضي أو بقضاء القاضي، إلا أن الزوجة لم تؤذن من الزوج أو القاضي باستدانة النفقة ، أوكانت مأذونة باستدانتها ولكنها لم تستدنها بالفعل ، وفي هذه الحالة تكون نفقتها عن أي مدة طالت أم قصرت ديناً على زوجها ، ولها أن تطالبه بها ، ولكن دين النفقة هنا يكون ديناً ضعيفاً يتعرض للسقوط بنشوز الزوجة ، أو بموت أحدالزوجين اتفاقا ، أو بحصول الطلاق في رأي بعض فقهاء الحنفية ، وقد رجح الفقيه ابن عابدين القول بسقوط النفقة إذا كان الطلاق بسبب يرجع إلى المرأة كسوء خلقها ، فان لم يكن بسبب من جهتها لم تسقط النفقة .

الحالة الثالثة : أن تكون نفقة الزوجة مفروضة بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي مع إذن الزوجة باستدانتها على زوجها ، وأن تكون الزوجة قد استدانتها فعلا ، وحينئذ تكون نفقة الزوجة ديناً قوياً لا يتعرض للسقوط بالأمور الثلاثة السابقة .

ويرى الأئمة الثلاثة : مالك ، والشافعي ، وأحمد — أن نفقة الزوجة على زوجها تكون ديناً قوياً من وقت وجوبها على الزوج دون توقف على تراض أو قضاء ، ولا على استدانة ، لأن النفقة حق للزوجة على زوجها . فتكون ديناً عليه ، ولا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الإبراء كغيرها من الديون العادية .

وقد كان التطبيق القضائي يسير على مذهب الحنفية حتى رؤى العدول عنه إلى مذهب الأئمة الثلاثة ، نظراً لما في العمل بمذهب الحنفية من إرهاق للمرأة ، وتعريض نفقتها للسقوط .

وقد تم ذلك بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذي نصت المادة الأولى منه على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً

في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه ، بلا توقف على قضاء أو تراض بينهما ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » . كما نصت المادة الثانية منه على أن « المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » وذلك أن نفقة المطلقة لها نفس أحكام نفقة الزوجة .

وبذلك أصبحت نفقة الزوجة في المدة الماضية ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا يسقط بالنشوز ولا بالموت ولا بالطلاق .

وقد حدث بعد ذلك أن بعض الزوجات قد أسأن استعمال حقهن في طلب مالهن من نفقة على أزواجهن في المدة الماضية ، بقصد إرهاقهم والكيد لهم ، فكانت الزوجة تسكت مدة طويلة عن المطالبة بنفقتها اعتمادا على عدم سقوطها ، ثم تطالب زوجها مرة واحدة بنفقة تلك المدة الطويلة ، ويحكم لها القضاء بذلك ثم تعمد إلى تنفيذ حكمه بالطرق المعتادة ، وبطريق الحبس عند الامتناع عن أداء النفقة المتجمدة ، فرأى المشرع المصري معالجة هذا الأمر مرة أخرى ، عن طريق منع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لمدة تزيد عن أكثر من ثلاث سنوات ميلادية ، نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، وقد جاء هذا الحكم في الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

ويرى بعض العلماء ، أن مدة السنوات الثلاث مدة طويلة ترهق الزوج ، وتتسع للكيد والأذى بالزوج ، وأن « الأولى هو الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة في هذا ، فإن النساء في مصر قسمان : قسم لا يلجأ قط إلى الحاكم ، وهؤلاء لا ينتفعن من ذلك ، وقسم يلجأ إلى الحاكم بمجرد مغاضبة الزوج ، وامتناعه عن الإنفاق ، وهؤلاء يجدن في ثلاث السنين بابا للكيد والأذى[1] » .

ونرى أن العودة إلى مذهب أبي حنيفة تضر بالمرأة وبالأسرة ، إذ قد تضطر المرأة إلى الإسراع في مخاصمة زوجها وإلى استعجال المطالبة بنفقتها حتى لا تسقط .

---

(١) أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة « الأحوال الشخصية » .

وقد يكون فى تخفيض المدة التى تسمع فيها دعوى النفقة عن المدة الماضية ما يكفى لرفع الضرر عن الأزواج .

الحبس فى دين النفقة :

١٠٦ — إذا حكم للزوجة بنفقة على زوجها ، فامتنع من أداء النفقة إليها مع قدرته ويساره ، كان لها الحق فى طلب حبسه ، ويجيبها القضاء إلى ذلك ، حملا له على أداء النفقة ، ولهذا كانت مدة الحبس مفوضة إلى القاضى ، فإن الناس تختلف فى أثر الحبس بالنسبة إليها ، وقد نص القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ٣٤٧ على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات ، أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلا فانه يخلى سبيله ، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ونرى من هذا أن أن مدة الحبس لا تتجاوز ثلاثين يوما ، وأنه يجب إخلاء سبيل الزوج إذا أدى النفقة المطلوبة أو أحضر كفيلا قادراً يضمنه فى أدائها .
ويلاحظ أنه ليس للزوجة أن تطالب بحبس الكفيل عند امتناعه عن أداء النفقة ، وليس لها إلا التنفيذ عليه فى ماله .

الفرقة بين الزوجين

١٠٧ — تتنوع الفرقة بين الزوجين إلى نوعين : طلاق ، وفسخ .

وتكون الفرقة طلاقا إذا أوقعها الزوج أو من ينوب عنه ، إنهاء لعقد الزواج ، وتكون الفرقة فسخا إذا كان المراد بها هو نقض العقد بسبب خلل فى إنشائه أو طارئ يمنع بقاءه ، كالتفريق لعدم الكفاءة والتفريق لطروء حرمة المصاهرة .

حكمة مشروعية الطلاق :

١٠٨ — حثت الشريعة كلا من الزوجين على التحرى والتروى فى اختيار قرينه ، ومع هذا قد لا يستجيب الزوجان أو أحدهما لذلك ، وإذا استجاب فقد يخطىء التقدير ، وإذا أصاب التقدير فقد تتغير الأحوال ، وتتقلب القلوب .

لهذا جاءت شريعة الإسلام بإباحة الطلاق ، مخرجا من الضيق ، وفرجاً من الشدة ، فى زوجية لم تحقق ما أراده الله — سبحانه — من شرع الزواج ، مودة ورحمة وسكناً نفسيا ، وتعاوناً فى الحياة .

وقد فطن لذلك الفيلسوف الانجليزى بنتام ، فقال فى كتابه « أصول الشرائع[1] » « . لو ألزم القانون الزوجين بالبقاء ـ على ما بينهما من جفاء ـ لأكلت الضغينة قلوبهما ، وكاد كل منهما للآخر ، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه ، وقد يهمل أحدهما صاحبه ، ويلتمس متعة الحياة عند غيره . . ولو أن أحد الزوجين اشترط على الآخر عند عقد الزواج ألا يفارقه ،

(١) انظر الكلام كاملا فى جـ ١ ص ١٦١ - ١٦٦ ترجمة فتحى باشا زغلول .

ولو حل بينهما الكراهية والخصام محل الحب والوئام ، لكان ذلك أمراً منكراً ، مخالفاً للفطرة ، ومجافياً للحكمة .

وإذا جاز وقوع هذا بين شابين متحابين ، غرهما شعور الشباب ، فظنه ألا افتراق بعد اجتماع ، ولا كراهة بعد محبة ، فإنه لا ينبغي اعتباره من مشرع خبير الطباع . ولو وضع المشرع قانونا يحرم فض الشركات ، ويمنع رفع ولاية الأوصياء ، وعزل الشركاء ، ومفارقة الرفقاء ، لصاح الناس : هذا ظلم مبين . وإذا كان وقوع النفرة ، واستحكام الشقاق والعداء . . ليس بعيد الوقوع ، فأى الأمرين خير ؟ أربط الزوجين بحبل متين ، لتأكل الضغينة قلوبهما ، ويكيد كل منهما الآخر ؟ أم حل ما بينهما من رباط ، وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد ، على دعائم قوية ؟ أو ليس استبدال زوج بآخر خيراً من ضم خليلة إلى امرأة مهملة ، أو عشيق إلى زوج بغيض ؟ » .

أقول : وصدق الله العظيم : « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وكان الله واسعاً عليماً » .

معنى الطلاق :

١٠٩ — والطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح فى الحال أو فى المآل أى الاستقبال ، بلفظ يفيد ذلك ، أو بما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة .

أقسامه :

١١٠ — وينقسم الطلاق — بالنظر إلى الآثار التى تترتب عليه — إلى ثلاثة أقسام :

طلاق رجعى ، وطلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

الطلاق الرجعى :

١١١ — والطلاق الرجعى هو الأصل فى الطلاق ، يقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله

فى أرحامهن ، إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ، إن أرادوا إصلاحاً »، « الطلاق مرتان، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان »...

هذا والطلاق الرجعى هو الذى يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته وإعادتها إلى الزوجية مادامت فى العدة سواء أرضيت أم كرهت .

أحوال وقوعه :

١١٢ — ولما كان الطلاق الرجعى هو الأصل فى الطلاق ؛ فإن المعمول به الآن فى مصر هو أن كل طلاق يقع رجعياً ، إلا الطلاق المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ؛ والطلاق الذى ينص القانون على وقوعه بائنا .

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ذلك : « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ؛ والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ »

وقد نص هذان القانونان على أن الطلاق يقع بائنا إذا قام به القاضى بناء على طلب الزوجة ، فيما عدا تطليقها لعدم إنفاق الزوج عليها ، على الوجه الذى سنبينه فيما بعد .

آثاره :

١١٣ — ويترتب على الطلاق الرجعى أمران .

أولهما : نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

ثانيهما : انتهاء الزوجية بين الزوجين ، إذا لم يراجعها الزوج قبل انقضاء العدة ، وقبل صيرورة هذا الطلاق بائنا بانقضاء العدة .

الطلاق البائن :

١١٤ — والطلاق البائن هو الذى لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته فى العدة ، وهو نوعان : طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

البائن بينونة صغرى :

١١٥ — والطلاق البائن بينونة صغرى ، يمكن فيه استئناف الحياة الزوجية بين المطلق ومطلقته ، بعقد ومهر جديدين ، ولهذا كانت البينونة صغرى ولم تكن كبرى .

أحوال وقوعه :

١١٦ — ويقع الطلاق بائنا بينونة صغرى فى الأحوال الآتية :

أولا : الطلاق قبل الدخول الحقيق ، ولو كان بعد الخلوة . يقول الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا ، إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها . . . » وإذا لم تكن عدة لم يكن هناك زمن للرجعة .

ثانياً : الطلاق على مال ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله ، فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولا تكون المرأة قد افتدت نفسها بالمال إلا إذا كان الطلاق بائنا لا يملك المطلق معه مراجعتها فى العدة بغير رضاها .

ثالثاً : الطلاق الذى يوقعه القاضى، بناء على طلب المرأة . سواء أكان السبب هو الشقاق أم الغيبة وخوف الفتنة ، أم العيب فى الزوج ، لأن هذه الأسباب لا يعالجها إلا الطلاق البائن الذى تملك فيه المرأة أمر نفسها ، لا الطلاق الرجعى الذى يملك فيه الزوج إعادتها بغير رضاها .

آثاره :

١١٧ — ويترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الأمور الآتية :

أولا : انقطاع الزوجية بين الزوجين بمجرد وقوعه .

ثانياً : وعلى هذا ـ إذا مات أحدهما لم يرثه الآخر ، ولو كان الموت فى العدة، إلا إذا كان الطلاق فرارا من الميراث[١] .

---

(١) انظر أحكام التركات والمواريث للمؤلف ، لمعرفة معنى الفرار من الميراث وما يترتب عليه ، وآراء العلماء فى ذلك .

ثالثاً : ويصبح مؤخر الصداق المؤجل لأقرب الأجلين : الموت أو الطلاق، واجب الأداء .

البائن بينونة كبرى :

١١٨ — والطلاق البائن بينونة كبرى ، هو ما لا يملك فيه الزوج مراجعة الزوجة فى العدة كالطلاق الرجعى ، ولا استئناف الحياة الزوجية بينهما بعقد ومهر جديدين كالطلاق البائن بينونة صغرى ، بل تحرم عليه المرأة حرمة مؤقتة لا تنتهى إلا إذا تزوجت بزوج آخر زواجا شرعياً صحيحاً ، لبناء أسرة دائمة ، ثم طلقها أو مات عنها ، وانتهت عدتها (١)

حالة وقوعه :

١١٩ — ويكون الطلاق بائنا بينونة كبرى فى حالة واحدة ، وهى ما إذا كان الطلاق مكملا للثلاث .

آثاره :

١٢٠ — ويترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى الأمور الآتية :

أولا : جميع الآثار المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى .

ثانيا : يزيد عليه تحريم هذه المطلقة تحريما مؤقتا على مطلقها .

الحكمة فى هذا النظام :

١٢١ — جعل الشارع عدد الطلقات التى يملكها الزوج ثلاث طلقات ، وشرع له أن يوقعها على ثلاث مرات ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان فإن طلقها (أى المرة الثالثة) فلا تحل له . . . »

---

(١) أما المحلل فتيس مستعار ، لعنه الله ولعن المحلل له الذى اتفق معه على ذلك ، وأساء إلى الشريعة الحكيمة ، وإلى تلك المطلقة التى أريد لها تلك الصورة المزرية بالكرامة ، وانظر تفصيلا لذلك فى (الفتاوى للمؤلف) تحت الطبع .

فإذا طلق الزوج زوجته طلقة أولى لسبب من الأسباب ، ثم أراد أن يراجعها فى العدة إذا كان الطلاق رجعياً ، أو العقد عليها من جديد مرة ثانية ، إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى ، كان له ذلك أملا فى استقامة الحياة الزوجية بينهما .

وإذا طلقها مرة ثانية وأراد أن يراجعها بعدها فى العدة إذا كان الطلاق رجعيا ، أو العقد عليها من جديد مرة ثالثة ، إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى ، كان له ذلك أملا فى نجاح الحياة الزوجية مرة ثالثة .

فإذا طلقها بعد ذلك للمرة الثالثة ، كان معنى ذلك وبعد هذه التجارب العملية الثلاث ، عدم تحقق أغراض الحياة الزوجية بينهما بدلالة هذه التجارب ولم يعد من المصلحة استئناف الحياة الزوجية بينهما بعد ذلك ، إلا إذا وجد عامل جديد فى نجاح هذه الحياة الزوجية ، وذلك يكون إذا ما تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج آخر، ثم شاء القدر أن يموت هذا الزوج الثانى ، أو أن يطلقها هو الآخر ، وتنتهى عدتها ، لأن الرغبة فى استئناف الحياة الزوجية بين الزوج الأول وهذه المطلقة بعد ذلك ، معناها أنهما قد أخذا من واقع الحياة درسا ، يرجى بعده نجاح الزوجية الجديدة بينهما . وفى ذلك يقول سبحانه : «فإن طلقها — أى المرة الثالثة — فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» .

ثم كان الطلاق رجعيا — بحسب الأصل — حتى تكون هناك فرصة لإعادة الحياة الزوجية ، إذا وجدت مقتضياتها ، فى فترة العدة والانتظار . واستثنى من ذلك حالة الطلاق قبل الدخول ، لأنه لا توجد عدة تمكن المراجعة فيها فى هذه الحالة ، ولأن الطلاق قبل الدخول . أى قبل تنفيذ العقد ، وقبل أن تترتب عليه آثار إيجابية تدعو إلى إعطاء الزوج حق الرجعة . كما استثنى الطلاق على مال ، لأن إعطاء المال للزوج وقبول الزوج له فى مقابل الطلاق ، دليل على الرغبة فى إنهاء الزواج وقطع علاقة الزوجية ، وهذا لا يتفق مع حق الرجعة .

وكذلك الحالات التى تطلب الزوجة فيها الطلاق من القاضى ويكون الطلاق بائنا كما بينا فيما سبق .

الطلاق بيد الزوج :

١٢٢ — جعل الشارع الطلاق بيد الزوج دون الزوجة ، يوقعه بإرادته المنفردة ، وذلك أنه رئيس الأسرة ، والملزوم بتكاليفها المالية ، ولا يقدم عليه الرجل السوى إلا إذا وجد مايدعو إليه ، نظرا لأنه يهدم بيت زوجيته وسكنه النفسى ، ويلتزم بمغارم مالية نتيجة ايقاعه الطلاق ، من مؤخر صداق ، ومن صداق جديد لزوجة أخرى ، وليست الزوجة كذلك ، مما لا يجعلها تتروى فى أمر الطلاق .

ومع هذا جعل الشارع الحكيم للزوجة الحق فى طلب الطلاق من القضاء ، إذا لم تجد سعادتها فى هذه الزوجية ، وكان رفع الأمر للقضاء وسيلة للتريث وتدبر الأمر من جانب الزوجة ، كما كانت الأعباء المالية وسيلة لهذا التريث بالنسبة للزوج .

أبغض الحلال إلى الله .

١٢٣ — والأصل فى الطلاق هو المنع ، والرسول (صلى الله عليه وسلم) يقول : « ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق » لأن شريعة الزواج كانت لبناء الأسرة الدائمة المستقرة ، ولهذا لا ينشأ عقد الزواج بالصيغ المؤقتة .

وإنما أبيح استثناء للحاجة إليه ، كما بينا سابقا ، مخرجا من الضيق ، وفرجا من الشدة .

ولهذا قرر جمهور الفقهاء أن الطلاق بغير سبب شرعى حرام أو مكروه كراهة دينية ، يتولى الله الحساب عليها .

فإذا طلق الرجل امرأته لغير سبب ، وقع الطلاق ، لأن الوقوف على أسبابه وفيها أسرار الحياة الزوجية الدقيقة ، وفيها الأمور النفسية والوجدانية ونحوها — أمر يصعب الوصول إليه ولا يلجأ إليه إلا للضرورة .

شروط ايقاع الطلاق

١٢٤ — يشترط فى وقوع الطلاق شروط فى المطلق ، وشروط فى المطلقة، وشروط فى صيغة الطلاق .

شروط المطلق :

١٢٥ — ويشترط فى الزوج - لكى يقع طلاقه - ان يكون بالغا ، وعاقلا ، ومختاراً غير مكره على الطلاق .

فلا يقع طلاق الصبى ولو كان مميزا ، ولو أجازه الولى ، لأن الطلاق من التصرفات الضارة بحسب الأصل ، فلا يملك الولى إجازته ،

ولا يقع طلاق المجنون ، لفقدان الأهلية ، وانعدام الإرادة ، ولا يقع طلاق المكره عند جمهور العلماء ، لقوله — عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأن المكره غير راض بالطلاق وإنما أجبر عليه . وقد خالف فى ذلك الحنفية ، ورأوا وقوع طلاق المكره ، لأنه قد قصدا الطلاق واختاره ، وإن لم يرض به ، ومجرد اختيار الطلاق كاف فى إيقاعه .

ولا يقع طلاق السكران عند بعض فقهاء الحنفية ، لأن السكر يذهب العقل ، وتنعدم به الإرادة والقصد . وقد خالف فى ذلك جمهور العلماء ، ورأوا وقوع الطلاق من السكران ، إذا كان سكره بمحرم ، عقوبة وزجرا له . وقد أخذ القانون برأى القائلين بعدم الوقوع فى الحالتين ، فنصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « لا يقع طلاق السكران والمكره »

أما الهازل بالطلاق ، وهو الذى ينطق به على سبيل اللعب واللهو ، دون أن يقصد إيقاعه ، فإن طلاقه واقع ، حتى يصان عقد الزواج عن أن يتخذ مجالا للهو واللعب ، وحتى لا يدعى المطلق أنه كان هازلا فى طلاقه ،

مع أنه كان جاداً فيه . وفى هذا يقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والعتاق » .

شروط المطلقة :

١٢٦ — كما يشترط فى الزوجة أن تكون محلا للطلاق ، وذلك بأن تكون زوجة حقيقة أو حكما للمطلق ، والزوجية الحقيقية هى الزوجية التى لم يطرأ عليها مايرفعها فى الحال أو المآل ، أما الزوجة الحكمية فهى المطلقة رجعيا مدة العدة ، وكذلك المطلقة بائنا فى مدة العدة .

وعلى هذا لا يقع الطلاق على المرأة فى الحالات الآتية :

أولا : المرأة المتزوجة فى عقد زواج فاسد ، لأن الطلاق لإنهاء الزواج الصحيح .

ثانياً : المرأة المطلقة قبل الدخول والخلوة ، لأنها تصبح أجنبية عن الزوج بمجرد الطلاق ، ولا تجب عليها عدة . وكذلك المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة لا يقع عليها الطلاق ، وإن كانت قد وجبت عليها العدة ، لأنها تصبح أجنبية أيضاً بمجرد الطلاق ، وإنما وجبت العدة — فى هذه الحالة — للاحتياط ، محافظة على الأنساب فقط .

ثالثاً : المرأة المطلقة طلاقا مكملا للثلاث ، ولو كانت فى العدة ، لاستنفاد عدد الطلقات فى هذا الزواج ، وصيرورة المرأة محرمة على المطلق حرمة وقتية .

شروط الصيغة :

١٢٧ — يشترط فى اللفظ الذى يقع به الطلاق أن يكون دالا على رفع رباط الزوجية ، وأن يسند إلى الزوجة ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق ، أو طلقتك ، أو زوجتى مطلقة .

وهذه ألفاظ صريحة فى الطلاق ، لا تحتمل معنى غيره .

وهناك ألفاظ كنائية(١) تحتمل الطلاق وغيره ، وذلك مثل أن يقول الرجل لزوجته : اذهبي إلى أهلك ، أو يقول لها : أنت حرة .

وذلك أن قوله لها : اذهبي إلى أهلك ، يحتمل قصد طلاقها وأمرها بالخروج من بيت الزوجية نتيجة لذلك ، أو أنه يريد مجرد إبعادها عنه بسبب غضبه عليها دون أن يقصد طلاقها .

كما أن قوله لزوجته : أنت حرة ، يحتمل قصد الطلاق ، وأنها قد تحررت نتيجة لذلك من رباط الزوجية ، كما يحتمل إخبارها بحريتها فى تصرفاتها التى تقوم بها .

والألفاظ الكنائية يقع بها الطلاق بائنا بالنية أو بدلالة الحال ، فى مذهب الحنفية خلافا للمالكية والشافعية ، فلا يقع الطلاق بها عندهم إلا بالنية ، ولا اعتبار لدلالة الحال عندهم .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب المالكية والشافعية ، ونص على أن « كنايات الطلاق ، وهى ما تحتمل الطلاق وغيره ، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

١٢٨ — اختلف الفقهاء فى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد . مثل أن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق ثلاثا .

فذهب جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة ، إلى وقوع هذا الطلاق ثلاثا وقد استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

---

(١) الكناية لغة : أن يتكلم بشىء يستدل به على المكنى عنه (المصباح المنير) وهى : لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادة المعنى الأصلى ، لعدم وجود قرينة مانعة من إرادته (المعجم الوسيط) .

أولا : بما روى عن عبد الله بن عمر — رضى الله عنهما — أنه قال لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — : « يارسول الله ، أرأيت لو طلقت زوجتى ثلاثا ، أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال الرسول له : لا ، كانت تبين منك . . . » .

ثانياً : بما روى عن النبي — صلى الله علية وسلم — من أنه قال فى رجل طلق امرأته ألفا : « أما الثلاث فله ، وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم . . . » وقد قال ابن عباس — رضى الله عنهما — لرجل طلق امرأته مائة طلقة : « طلقت منك بثلاث ، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا » .

ثالثاً . أن الشارع جعل للزوج ثلاث تطليقات ، فله أن يوقعها كيف شاء متفرقة أو مجتمعة ، حسب تقديره لما بينه وبين زوجته من رغبة محتملة فيها أو رغبة نهائية عنها .

وذهب بعض العلماء ، ومنهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، لايقع الا واحدة ، واستدلوا بالأدلة الآتية :

أولا : أن الطلاق — كما شرعه الله — لا يكون إلا مرة ثم مرة ثم مرة . إذ يقول الله سبحانه — : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان فان ... » طلقها ... فإذا طلق الرجل زوجته مرتين بلفظ واحد ، وقال لها : أنت طالق طلقتين ، أو ثلاثا بلفظ واحد ، وقال لها : أنتى طالق ثلاثا كانت هذه مرة واحدة ، تقع بها طلقة واحدة .

ونظير ذلك أن شريعة الأذان تكرار التكبير ، وتكرار الشهادة ، بمعنى أن يقول المؤذن : « الله أكبر ، الله أكبر(١) الله أكبر ، الله أكبر ، أشهد ألا اله إلا الله ،

---

(١) تكبيرات الأذان أربع عند جمهور الفقهاء ، واثنتان عند المالكية ، وانظر كتب المذاهب الفقهية ، ومنها كتاب (المغنى لابن قدامة) ، وكتاب (بداية المجتهد) لابن رشد ، فقد عنيا ببيان المذاهب المتعددة ، وانظر (الفقه على المذاهب الاربعة فى العبادات) الذى أصدرته وزارة الأوقاف المصرية فهو أدق الكتب المعاصرة .

أشهد ألا اله الا الله ، فلو قال المؤذن : الله أكبر أربع مرات ، وأشهد ألا اله الا الله مرتين ، لم يحتسب ذلك إلا مرة واحدة .

ثانياً : أن أحد الصحابة قد طلق امرأته ثلاثاً فى مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديداً ، فسأله النبى — صلى الله عليه وسلم — كيف طلقتها ؟ قال : طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد ، فقال له النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « إنما تلك واحدة ، فارتجعها إن شئت » فراجعها .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب هؤلاء العلماء . ونصت مادته الثالثة على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لاتقع به إلا واحدة .

وبينت المذكرة الإيضاحية الأسباب والأسانيد التى بنت عليها ذلك فى قولها : « قد شرع الطلاق على أن يوقع دفعات متعددة . . والآية الكريمة التى بينت أحكامه تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لايقع إلا مرة بعد مرة ، وجعلت دفعات الطلاق ثلاثا ، ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها أيضا ، حتى إذا لم تفد التجارب ، ووقعت الطلقة الثالثة ، علم أن ليس فى البقاء خير ، وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى . . وكون الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة لايقع إلا واحدة هو رأى محمد بن اسحق ، ونقل عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير . وقال ابن القيم : إنه رأى أكثر الصحابة ، ورأى بعض أصحاب مالك ورأى بعض الحنفية ، ورأى بعض أصحاب أحمد » .

تنجيز الطلاق وإضافته وتعليقه

١٢٩ — يجوز أن يكون الطلاق منجزا ، وأن يكون مضافا إلى الزمن المستقبل ، وأن يكون معلقا على شرط .

فالطلاق المنجز هو ما قصد به ايقاع الطلاق فى الحال ، مثل أن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق ، أو أن يقول لها . طلقتك .

ويقع الطلاق المنجز فوراً بمجرد التلفظ .

والطلاق المضاف : هو ما قصد به وقوع الطلاق فى زمن مستقبل ، مثل أن يقول لزوجته : أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم .

ويقع الطلاق المضاف بمجىء الزمن الذى أضيف إليه الطلاق ولا يقع الطلاق قبله ، بل تكون المرأة زوجة له إلى حلول هذا الوقت ، نظرا لأن هذه إرادة الزوج ، وقد يكون هناك ما يدعوه إلى ذلك .

والطلاق المعلق: هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل يحتمل الوقوع وعدمه ، مثل أن يقول الرجل لزوجته : « إن خرجت من البيت دون إذنى فأنت طالق » .

ويستوى فى ذلك أن يكون هذا الأمر المعلق عليه الطلاق فعلا للزوجة ، كالمثال السابق، أو فعلا للزوج مثل أن يقول: إن شربت الدخان فزوجتى طالق، أو فعلا لغيرهما مثل أن يقول لأخ زوجته : إن لم تسلم لأختك ميراثها من أبيها فهى طالق ، أو أمرا قدرياً لا دخل لأحد فيه ، مثل أن يقول لزوجته : « إن ولدت بنتاً فأنت طالق » .

ويرى جمهور الفقهاء — ومنهم الأئمة الأربعة — وقوع الطلاق المعلق ، عند حصول الأمر المعلق عليه مطلقا .

ويرى بعض الفقهاء عدم وقوع الطلاق المعلق ، الذى يقصد به الحمل على فعل شىء أو تركه ، لأنه فى معنى اليمين .

وقد استدل الجمهور على مذهبهم فى وقوع الطلاق المعلق ، عند حدوث الأمر المعلق عليه ، سواء أكان فى معنى اليمين أم لم يكن ، بأن الطلاق إسقاط لما يملكه الزوج على زوجته ، والإسقاطات تقبل التعليق ، كالعتق والإبراء من الدين .

واستدل الآخرون بأن الطلاق لم يشرع يمينا ، والرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول : « من كان حالفا فلا يحلف الا بالله » والطلاق المعلق الذى لا يقصد به إلا الحمل على فعل شىء أو تركه فى معنى اليمين ، فلا يقع به الطلاق . أما إذا كان يقصد الطلاق حين وقوع الأمر المعلق عليه ، لرغبته فى إنهاء الزوجية فى هذه الحالة ، فإن الطلاق يكون واقعا .

وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ برأى هولاء الفقهاء ، ونصت مادته الثانية على أنه « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شىء أو تركه لا غير » .

وبينت المذكرة الإيضاحية للقانون أسباب ذلك . وهو أن المرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق ، لا تدرى متى يحصل . وقد لا يدرى الرجل نفسه متى يحصل ، فإن الحالف بالطلاق والمعلق له على شىء من الأشياء التى يفعلها أجنبى ، لا يدرى متى تطلق امرأته .

فسعادة الزوجية والأولاد والأسرة ، قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة ، وعن إرادة سيدة الأسرة .

وكثير من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق واليمين بالطلاق . وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة ، وكانت سبباً فى تلمس الحيل وافتنان الفقهاء فى ابتداع أنواعها .

ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة ، وحماية الناس من الخروج عليها ، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى ، وأنها بأصولها تسع الامم فى جميع الازمنة والأمكنة ، متى فهمت على حقيقتها ، وطبقت على بصيرة وهدى .

م ذكرت أن الطلاق المعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف، أو الحمل على فعل الشيء أو تركه ـ وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه ـ كان فى معنى اليمين بالطلاق .

وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط ، لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله ، لم يكن فى معنى اليمين . واليمين بالطلاق وما فى معناه لاغ . وقد أخذ فى إلغاء اليمين بالطلاق برأى متقدمى الحنفية ، وبعض متأخريهم، مع موافقته لرأى الإمام على وشريح وداود وأصحابه ، وطائفة من الشافعية والمالكية .

كما أخذ فى إلغاء الطلاق المعلق الذى فى معنى اليمين ، برأى الإمام على وشريح وعطاء والحكم وابن عتيبة وداود وأصحابه وابن حزم .

الطلاق أمام القضاء

١٣٠ ــ الطلاق ــ كما ذكرنا ــ ملك الزوج دون(١) الزوجة ، فإذا لم تجد الزوجة هناءتها فى الحياة الزوجية ، كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضى ، ليفرق بينها وبين زوجها ، على الوجه التالى :

التفريق للعيب

١٣١ ــ قد يوجد فى الزوج عيب تناسلى خاص بالرجال ، وهذا العيب قد يكون العنة أو الجب أو الخصاء(٢) .

---

(١) هذا هو الأصل ، ولها ـ فى المذهب الحنفى ـ أن تملك تطليق نفسها ، باشتراط ذلك فى عقد الزواج ، وهو مايعرف بأن عصمتها فى يدها . ويفعل ذلك قلة من الرجال والنساء ، وبخاصة فى بعض الفئات الاجتماعية ، وفى بعض الأحوال النادرة ، ويرفضه جماهير المسلمين استنادا إلى آراء جمهور الفقهاء ، واعتزازا بمكانة الرجل فى الأسرة .

(٢) الجب : هو استئصال عضو الذكورة ، والخصاء : هو سل الخصيتين ونزعهما ، والعنة : هى ارتخاء العضو وعدم القدرة على الاتصال الجنسى .

وقد يوجد فى الزّوجة عيب تناسلى خاص بالنساء ، وهذا العيب قد يكون الرتق أو القرن(٣) .

وقد يوجد فى الزوج أو الزوجة مرض من الأمراض المشتركة بين الرجال والنساء : كالجنون والجذام والبرص(٤) .

وقد رأى فقهاء المذهب الحنفى ألا حق للزوج فى طلب فسخ الزواج ، إذا وجد زوجته معيبة بعيب تناسلى أو غير تناسلى ، اكتفاء بما يملكه من حق الطلاق ، بينما يرى الأئمة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد أن للزوج خيار الفسخ إذا ماوجدزوجته معيبة بأحد هذهالعيوب، لأنها تمنع المقصود من عقدالزواج .

كما رأى فقهاء المذاهب الأربعة أن للزوجة الحق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها ، إذا وجدت فيه عيباً من العيوب التناسلية الثلاثة ، لأن المقصود الأصلى من الزواج وهو العفة وتوالد الذرية ، لا يتحقق مع هذهالعيوب ، وهى عيوب غير قابلة للزوال ، ولا تملك الزوجة الطلاق ، حتى تدفع هذا الضررعن نفسها ، فكان لها أن ترفع الأمر للقضاء ، ليفرق بينها وبين هـذا الزوج ، إذا أثبت وجود العيب .

ويملك القاضى ذلك التفريق ، بما له من ولاية رفع الظلم ، ويكون هـذا التفريق طلاقا بائنا فى مذهب الحنفية والمالكية ، بينما يراه الشافعية والحنابلة فسخا للزواج . فاذا وجدت الزوجة فى زوجها عيباً غير تناسلى كالجنون والجذام والبرص ، لم يكن لها الحق فى طلب التفريق ، عند أبى حنيفة وأبى

---

(٣) الرتق : انسداد عضو الأنوثة ، والقرن : عظم أو لحم يوجد فى الفرج يمنع من الجماع .

(٤) الجنون : ذهاب العقل ، والجذام : مرض يتقطع ويتساقط اللحم به ، والبرص : بياض فى ظاهر الجسم لعلة ، وهو غير البهاق ، وهو مرض يذهب بلون الجلد ، فتظهر فيه بقع بيض .

يوسف ، بناء على أن هذه العيوب وإن كانت منفرة ، لا تمنع تحقيق مقاصد الزواج فى الجملة ، ورأى محمد بن الحسن والأئمة الثلاثة ، أن للزوجة الحق فى طلب التفريق بينها وبين هذا الزوج ، دفعاً للضرر عنها .

وقد جرى القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها ، إذا وجدت به عيباً مستحكماً ، لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه ، إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ، ولم ترض به ، فان تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ، ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فلا يجوز التفريق ، كما جرى القانون على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن . ونبه إلى الاستعانة بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

ويتبين لنا من ذلك :

أولا : أن القانون لم يتعرض للحكم فيما إذا كانت الزوجة معيبة بعيب تناسلى أو غير تناسلى ، ومعنى ذلك بقاء العمل بالمذهب الحنفى فيه ، وهو عدم إعطاء الزوج حق الفسخ ، اكتفاء بحق الطلاق .

ثانياً : أن القانون جاء بعبارة مجملة ، فهى تشمل عيوب الزوج التناسلية وغير التناسلية ، ولا تقف عند العيوب التى نص عليها فقهاء المذهب الحنفى بل تتجاوزها إلى غيرها ، وما ورد من عيوب فيه إنما جاء على سبيل التمثيل لا الحصر كما هو واضح من صيغته .

التفريق للشقاق والضرر

١٣٢ — للزوج حق تأديب زوجته ، بمقتضى ولايته ورياسته فى الأسرة ، وفى ذلك يقول الله تعالى : «واللاتى تخافون نشوزهن ، فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، إن الله كان عليا كبيراً » ، ويقول : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة »

وقد يسيء الزوج استعمال حقه فى ذلك، فيؤذى زوجته بالقول أو بالفعل ؛ كأن يضربها ضرباً غير لائق ، أو يشتمها شتماً مهينا ، أو نحو ذلك .

وقد ذهب الحنفية وفريق من الفقهاء إلى أن هذه الإساءة تعطى الزوجة الحق فى رفع الأمر للقاضى ، ليأمر الزوج بحسن المعاشرة ، ومعاقبته بما يراه زاجرا ورادعا ، وحاملا له على امساك زوجته بالمعروف، وهذا كاف عندهم فى رفع الضرر عن الزوجة ، فليس لها أن تطلب التفريق بينها وبينه .

وذهب الإمام مالك إلى أن للزوجة - فى هذه الحالة - رفع الأمر إلى القضاء وطلب التفريق . وبذلك أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ونص على أن الزوجة إذا ادعت إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة ، إذا ثبت الضرر ، وعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، فإذا عجزت عن إثبات الضرر ، رفض طلبها التفريق بينها وبين زوجها .

فإذا تكررت الشكوى من الزوجة بعد رفض طلب التفريق ، ولم تثبت الضرر ، اختارت المحكمة حكمين يشترط فيهما أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ، إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ، ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق ، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح ، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها .

وإذا عجز الحكمان عن الإصلاح ، وكانت الإساءة من الزوج ، أو منهما ، أو جهل الحال ، قررا التفريق بطلقة بائنة .

فاذا اختلف الحكمان ، أمرهما القاضى بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

وأوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضى ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

١٣٣ — وتستند هذه الأحكام المستمدة من مذهب المالكية إلى قول الله تعالى: «وإن خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليما خبيرا » .

ومهمة الحكمين — فى رأى المذهب المالكى — لا تقف عند الإصلاح بين الزوجين بل تتجاوزها إلى طلب التفريق بينهما ، إذا لم يجدا سبيلا لهذا الإصلاح ، فهذا ما يقتضيه تسمية القرآن الكريم لهما ، فقد سماهما حكمين ، فيكون لهما سلطة الحكم كاملة ، إصلاحا أو تفريقا .

١٣٤ — وقد بينت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة ، لا يقتصر أثرها على الزوجين ، بل تتعداهما إلى ذريتهما ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة .

وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ، ولا ما يرجع الزوج عن غيه ، فيحتال كل واحد منهما إلى إيذاء الآخر بقصد الانتقام .

فرئى من المصلحة الأخذ بمذهب مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين ، ما عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج[1] ، حتى لا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر .

التطليق لخوف الفتنة

١٣٥ — إذا غاب الزوج عن زوجته ، وتضررت من هذه الغيبة ، فهل لها أن تطلب التفريق بينها وبينه ؟

---

(١) وفى مشروع القانون الذى أعدته لجنة فقهاء مصر ، برياسة أستاذنا الشيخ فرج السنهورى ، لا تستثنى هذه الحالة ، لأنه لا خير فى بقائها ، بتفصيل عادل مستند إلى بعض المذاهب الفقهية .

ذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أنه ليس لها ذلك ، لعدم وجود مايستوجب التفريق فى نظرهم .

وذهب مالك وأحمد إلى أن لها ذلك ، إذا طالت الغيبة ، وتضررت بها المرأة، بأن خشيت على نفسها ارتكاب الفاحشة ، ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تنفق منه .

وذلك أن بعد الزوج عن الزوجة مدة طويلة ، ومحافظتها على العفة والشرف ، مما قد يتعذر على بعض النساء وطبيعتهن البشرية .

وقد اختلف الفقهاء فى حد الغيبة الطويلة ، فرأى مالك أنها سنة ، ورأى أحمد أنها ستة أشهر .

١٣٦ — وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالتفريق للغيبة ، وخوف الفتنة ، ونص على أنه إذا غاب الزوج سنة فأكثر (والمراد بها السنة الشمسية) بلا عذر مقبول(١)، جاز لزوجته أن تطلب التفريق، إذا تضررت من بعد زوجها عنها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

ثم بين القانون الإجراءات اللازمة لذلك ، وأنه إذا أمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب، حدد له القاضى ميعاداً ، وأرسل إليه بأنه يطلقها منه إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها بنفسه . فاذا انقضى هذا الموعد ، ولم يفعل الزوج شيئاً من ذلك، ولم يبد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة .

أما إذا لم يمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب ، فان القاضى يطلقها بلا إعذار أى إرسال رسالة إليه ، ولا ضرب أجل أى تحديد موعد .

١٣٧ — ثم أعطى القانون لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم نهائى بعقوبة

---

(١) وبعض المذاهب تفرق بينهما ، ولو كان للزوج عذر مقبول ، لأن المدار عندهم على خوف فتنة الزوجة ، ولو كانت بغيبة لعذر مقبول .

مقيدة لحريته مدة ثلاث سنين فأكثر ، أن تطلب من القاضى التطليق بائنا بعد مضى سنة من حبسه — وهى مدة التضرر من الغيبة فى تقدير القانون — ولو كان الزوج المحبوس مال تستطيع الإنفاق منه .

١٣٨ — وقد بينت المذكرة الإيضاحية الأسباب التى دعت المشرع إلى ذلك ، وذكرت أن الزوج قد يغيب عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول ، كطلب العلم أو التجارة أو لانقطاع المواصلات ، ثم لا يحمل زوجته إليه ولا يطلقها ، لتتخذ لها زوجا غيره ، ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا ، مع محافظتها على العفة والشرف ، لاتحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب ، وقد يقترف الزوج من الجرائم مايستحق بسببه عقوبة السجن الطويل ، فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ، ما تعالج به هذه الحالة ، ومعالجتها واجب محتم . ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها ، إذا طالت غيبته سنة فأكثر ، وتضررت الزوجة من بعده عنها .

وواضح ان المراد بغيبه الزوج غيبته عن الزوجة فى بلد آخر غير بلد الزوجية ، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة فى بلد واحد ، فهى من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر .

ثم إن الزوج الذى حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر ، يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها .. ولادخل لكون البعد باختياره أو قهراً عنه .

التطليق لعدم الانفاق

١٣٩ — نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعا . فاذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها أو أعسر بالنفقة ، فهل لها أن تطالب التفريق بينها وبينه لذلك ؟ .

يرى المذهب الحنفى أنه لا يجوز لها ذلك ، مستدلا بالأدلة الآتية :

أولا : يقول الله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعة ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق

مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها ، سيجعل الله بعد عسر يسرا » . ويقول تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » مما يدل على أن الزوج المعسر غير مقصر ولا ظالم ، حتى تطلق عليه امرأته .

ثانياً : أن بعض صحابة رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ كانوا فقراء معسرين ، ولم تطلب زوجاتهم التطليق بسبب ذلك ، ولم يرو عن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن الطلاق حق للمرأة فى هذه الحالة .

ثالثاً : ان عدم الإنفاق على الزوجة إن كان بسبب الفقر والعجز ، فالزوج معذور ، ويجب انتظار ميسرته ، وتفرض عليه النفقة ، وتستدين الزوجة عليه ممن تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة ، ليرجع بهذا الدين على الزوج إذا أيسر . وإن كان عدم الإنفاق بسبب التعنت ، أجبره القضاء على الإنفاق ، وحبسه حتى يؤدى إليها النفقة ، وبذلك لا يتعين الطلاق طريقا للعلاج .

١٤٠ — وذهب جمهور الفقهاء إلى أن للزوجة الحق فى طلب التفريق ، لعدم إنفاق الزوج عليها بسبب الإعسار أو التعنت . واستدلوا على ذلك بما يأتى :

أولا : أن الله سبحانه وتعالى يقول فى المطلقات : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فأمسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف . ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

وهذا يفيد أن المطلوب من الزوج هو الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ، وليس من الإمساك بالمعروف عدم الإنفاق عليها ، فوجب التسريح بإحسان ، بأن يطلقها الزوج ، فاذا امتنع الزوج عن ذلك ، طلق عليه القاضى .

ثانياً : أن الرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول : « لا ضرر ولا ضرار » وإمساك الزوج زوجته بدون إنفاق عليها ، إضرار بها ، والضرر يزال فيطلقها القاضى إذا امتنع الزوج عن التطليق .

ثالثاً : أن الفقهاء — ومنهم الاحناف — قد اتفقوا على التطليق بسبب العيوب التناسلية ، وحاجة الزوجة إلى النفقة ـ وبها بقاء الحياة ـ أقوى من حاجتها

إلى المباشرة الجنسية ، فيكون الامتناع عن الإنفاق مبيحا للتطليق من باب أولى.

١٤١ — وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ برأى جمهور الفقهاء، وبينت مواده والمنشورات التى ألحقت به أحكام التطليق لعدم الإنفاق على الوجه التالى :

أولا : إذا كان للزوج مال ظاهر ، نفذ عليه الحكم بالنفقة فى ماله: حاضرا كان الزوج أو غائبا .

ثانياً : وإذا لم يكن له مال ظاهر ، وكان حاضراً ، فإن أصر على عدم الإنفاق بعد الحكم عليه به ، ولم يدع يسارا ولا إعساراً ، أو ادعى اليسار أو ادعى الإعسار ولم يثبته ، طلق القاضى عليه فى الحال ومن غير إمهال، لوضوح تعنته . أما إذا ادعى الإعسار وأثبته ، فان القاضى يمهله مدة لا تزيد على شهر ، فاذا لم ينفق على زوجته ، طلق عليه القاضى بعد ذلك ،

ثالثا : إذا لم يكن له مال ظاهر ، وكان غائبا . فإذا كانت الغيبة قريبة ، بأن كان فى مكان يسهل وصول القرار إليه بضرب الأجل فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام ، أعذر إليه القاضى ، وضرب له موعدا ، وبين له أنه يطلق امرأته عليه ، إذا لم تصلها النفقة الحاضرة الواجبة عليه فإن لم يحضر للانفاق عليها ، ولم يرسل إليها ماتنفق منه ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل والتحقق من وصول الإعذار إليه .

أما إذا كانت الغيبة بعيدة ، أو كان الزوج مجهول محل الإقامة ، أو كان مفقوداً ، فإن القاضى يطلق عليه من غير إعذار ، متى ثبتت الزوجية ، وعدم وجود المال الذى تنفق منه ، وغيبة الزوج غيبة بعيدة أو جهل محل إقامته أو فقده .

رابعاً : أن المسجون الذى يعسر بنفقة زوجته ، حكمه حكم الزوج الغائب .

خامساً : أن الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب عدم الإنفاق ، يكون طلاقه رجعيا ، إذا كان بعد الدخول بالزوجة . وعلى هذا يكون للزوج مراجعة امرأته

في العدة ، إذا أثبت يساره ، واستعداده للإنفاق عليها ، وذلك بدفع النفقة الحاضرة .

أما إذا لم يثبت اليسار ، أو لم يستعد للإنفاق على الزوجة، فإن الرجعة لا تصح .

وهذه هي الحالة الوحيدة التي يقع فيها تطليق القاضي للزوجة ، طلاقا رجعيا لا بائنا ، وذلك أن التطليق هنا لعدم الإنفاق ، وقد تتغير الحال في مدة العدة ، ويمكن استدامة الزوجية ، فكان من الحكمة أن يكون الطلاق رجعيا ، فإذا انتهت العدة قبل أن يراجعها على الوجه السابق ، صار الطلاق بائنا .

أما الأحوال السابقة وهي التطليق للعيب ، والتطليق للشقاق ، والتطليق للغيبة ، فإن الطلاق فيها يكون بائنا، لانقطاع الأمل القريب في رفع ما تضررت به الزوجة .

الرجعـــة

١٤٢ — الرجعة هى استبقاء عقد الزواج فى مدة العدة . وهى حق الزوج فى الطلاق الرجعى، وفى ذلك يقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ، إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ، إن أرادوا إصلاحا » .

والبعولة[1] هم الأزواج ، فللزوج الحق فى رد الزوجة وإعادتها إلى الحياة الزوجية : طريقا إلى إصلاحها بعد ما اعتراها من خلل .

وإذا كانت الرجعة حقاً للزوج ، فإنها حق الله أيضاً ، أى من النظام العام لما فيها من مصلحة الزوجة والأولاد ، ولهذا لا يملك الزوج إسقاط حقه فيها .

فإذا طلق الرجل زوجته طلاقا يقع رجعيا ، وقال عند الطلاق أو بعده : لا رجعة لى عليها ، لم يسقط الحق فيها .

وتتم الرجعة ولو لم ترض بها الزوجة ، لأنها — كما قلنا — ليست إلا استدامة للعقد الأول الذى تم بينها وبينه ، وليست إنشاء لعقد جديد ، حتى يشترط رضاها .

١٤٣ — والرجعة تتم فى المذهب الحنفى بأحد أمرين :

أولها : قول الزوج ، مثل أن يقول : راجعت زوجتى ، أو أعدت زوجتى إلى عصمتى . وينبغى أن تعلم الزوجة بهذه الرجعة القولية ، حتى تكون على بينة من أمرها . كما ينبغى الإشهاد عليها ، حتى لا يعجز عن إثباتها عند الإنكار .

ثانيهما : أن يتصل الزوج بمطلقته الرجعية اتصالا لا يحل إلا بين الأزواج ، كأن يقبلها ، أو أن يجامعها .

وذهب الشافعى إلى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول ، ولا يحل الاتصال

---

(١) والمفرد : بعل ، بفتح الباء .

بالزوجة اتصال الأزواج إلا بعد الرجعة القولية ، لأن الرجعة إعادة للزوجية ، وهى لا تنشأ إلا بالقول ، فتكون الرجعة كذلك .

١٤٤ — وإذا ادعى الزوج الرجعة وصدقته الزوجة ، ثبتت الرجعة . وكذلك إذا ادعاها ، وكانت هذه الدعوى أثناء العدة ، فكذبته ، ثبتت الرجعة ، لأن الزوج يستطيع إنشاء الرجعة فى الحال ، فلا وجه لتكذيبه فيها .

أما إذا كانت الدعوى بعد انتهاء العدة ، فإن الرجعة لا تثبت إلا بالبينة ، فإن عجز عن الإثبات كان القول قول الزوجة .

وقد كان الخلاف السابق فى حصول الرجعة وعدم حصولها .

فإذا كان الخلاف بين الرجل والمرأة فى صحة الرجعة ، لوقوعها فى العدة أو عدم صحتها لوقوعها بعدها ، بعد الاتفاق على حصولها ، فالقول قول الزوجة مع يمينها ، إذا كانت العدة بالحيض ، وكانت المدة التى وقعت بين الطلاق والرجعة تحتمل انقضاء العدة ، لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعرف إلا من جهتها ، فإن حلفت رفضت دعوى الرجعة ، وإن نكلت عن اليمين أى امتنعت عنها حكم له بصحة الرجعة .

أما إذا كانت المدة لا تحتمل انقضاء العدة ، فالرجعة تكون صحيحة . وأقل مدة لانتهاء العدة بالحيض عند الإمام أبى حنيفة هى ستون يوما ، ذلك أن العدة تكون بثلاث حيضات ، فتحتسب كل حيضة عشرة أيام ، اعتبار الأكثر مدة الحيض ، على سبيل الاحتياط ، والحيضات الثلاث يقع بينها طهران ، كل طهر منها خمسة عشر يوما اعتباراً للأقل ، وبهذا يحصل التوازن فى التقدير . وهذا هو المفتى به فى المذهب الحنفى .

وقال الصاحبان : إن أقل مدة يمكن أن تنقضى فيها العدة هى تسعة وثلاثون يوما ، فيحتسب لكل حيضة ثلاثة أيام ، وهى أقل مدة الحيض ، فيكون المجموع تسعة ، كما يحتسب للعدة ثلاثة أطهار ، كل طهر منها عشرة أيام ، باعتبار أقل المدة ، فيكون مجموع الأطهار ثلاثين يوما .

العـــدة

١٤٥ — العدة : مدة تنتظرها المرأة عقب وقوع الفرقة ، بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها .

حكمة مشروعية العدة :

١٤٧ — وقد شرعت هذه العدة ، للأمور الآتية :

أولا : تعرف براءة الرحم أى خلوه من الحمل ، حتى لا تختلط الأنساب .

ثانيا : إمهال الزوج مدة يتروى فيها ، ويراجع زوجته ، إذا كان الطلاق رجعيـــا .

ثالثا : حداد الزوجة على مفارقة زوجها ، إذا كانت العدة عدة وفاة ، وفاء للزوج ، وحزنا على وفاته .

رابعا : الحزن على فوات نعمة الزوجية التى تنتهى بالطلاق .

فلا تخلو العدة التى تعتدها المرأة من بعض هذه الحكم .

سبب وجوب العدة :

١٤٦ — وتجب العدة ، لسبب من الأسباب الثلاثة الآتية :

١ — الفرقة بين الزوجين بعد الدخول الحقيقى أو الحكمى فى الزواج الصحيح ، أما إذا كانت الفرقة قبل الدخول ، فلا عـــدة عليها ، لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا ، إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

٢ — وفاة الزوج سواء أكانت الوفاة قبل الدخول أو بعده ، فى الزواج الصحيح .

٣ — الانفصال بعد الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد وكان الانفصال بالموت .

أنواع العدة :

١٤٨ — تتنوع العدة التي تجب على المرأة تبعا لاختلاف حالها . فقد تكون العدة عدة طلاق أو فسخ ، وقد تكون عدة وفاة . ثم هي مع ذلك قد تكون حاملا وقد تكون حائلا أي غير حامل، وإذا لم تكن حاملا فإما أن تكون ممن ترى الحيض أو تكون ممن لا تريه .

عدة الحامل :

١٤٨ — والحامل تعتد بوضع الحمل، سواء أكانت عدة طلاق أو فسخ أو وفاة أو بعد زواج فاسد ، لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وهي بعمومها تشمل جميع هؤلاء .

عدة غير الحامل :

١٤٩ — والمرأة الحائل أي غير الحامل ، قد تكون معتدة من طلاق أو فسخ ، وقد تكون معتدة من وفاة .

فإذا كانت معتدة من طلاق أو من فسخ كانت عدتها بمضى ثلاثة أقراء أي ثلاث حيضات ، إذا كانت ممن يحضن ، وفي ذلك يقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » .

فإذا كانت المرأة صغيرة دون البلوغ أو بلغت السن ولم تر الحيض، أو كانت كبيرة قد بلغت سن اليأس من المحيض وهي خمس وخمسون سنة على المفتى به ، فعدتها ثلاثة أشهر ، لقول الله تعالى : « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائي لم يحضن » .

وإذا كانت المرأة غير الحامل معتدة من وفاة بعد زواج صحيح ، فان عدتها تكون بأربعة أشهر وعشرة أيام ، لقول الله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ، يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » .

فإذا كانت الوفاة بعد زواج فاسد ، كانت عدتها بثلاثة أقراء أو بثلاثة أشهر .

متى تبدأ العدة ؟ :

١٥٠ — وتبدأ العدة فى الزواج الصحيح من وقت الفرقة بالطلاق أو الوفاة، ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الوفاة .

كما تبدأ العدة من حين المتاركة أو الوفاة فى الزواج الفاسد الذى حصل فيه دخول .

تحول العدة :

١٥١ — قد تبدأ المرأة العدة على الوجه الذى بيناه، ثم يطرأ عليها قبل انتهاء العدة ما يغير حالتها ، وتتغير به عدتها تبعا لهذا الطارىء .

فإذا اعتدت المرأة بالأشهر لكونها لا ترى الحيض ، ثم رأت الحيض قبل انتهاء العدة بالأشهر الثلاثة ، وجب عليها استئناف العدة من جديد ، برؤية الدم فى ثلاثة أقراء .

أما إذا رأت الدم بعد انقضاء العدة بالأشهر ، فإنها لا تعتد من جديد ، وإذا بدأت المرأة عدتها بالأقراء (الحيضات) ثم استمر نزول الدم عليها ، واتصل دم الحيض بدم الاستحاضة وهو مايسمى (بالنزيف) ولم تكن لها عادة معروفة ، فإنها تعتد بثلاثة أشهر فى رأى بعض الفقهاء ، بناء على الأمر الغالب ، وهو مجىء الحيض فى كل شهر مرة ، ورأى آخرون أن عدتها تكون بسبعة أشهر ، بناء على أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام ، فتكون مدة الحيضات الثلاث شهرا ، وبناء على أن مدة الطهر بين الحيضتين تكون شهرين ، فتكون مدة الأطهار الثلاثة ستة أشهر ، وهو المفتى به فى المذهب الحنفى للاحتياط .

وإذا بدأت المرأة العدة بالحيضات ، ثم انقطع عنها الدم قبل أن تنقضى

عدتها بثلاث حيضات ، فإنها تبقى فى العدة — فى المذهب الحنفى — مهما طالت المدة إلى أن ترى الحيضات الثلاث ، فإذا استمرت على ذلك إلى أن بلغت سن اليأس من رؤية الحيض ، اعتدت بثلاثة أشهر .

وروى عن عمر بن الخطاب أن عدة هذه المرأة تكون تسعة أشهر ، فان ظهر أنها حامل فعدتها بوضع الحمل، وإلا اعتدت بثلاثة أشهر بعد هذه الأشهر التسعة، وتكون العدة حينئذ سنة .

وقد استغل بعض الزوجات رأى المذهب الحنفى ، وأدعين ارتفاع الحيض بعد بدء العدة به ، حتى تطول مدة العدة ، ويأخذن النفقة مدة طويلة .

ولذلك عدل القانون عن المذهب الحنفى فى ذلك ، ومنع سماع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، وبنى هذا الحكم على ما قرره الطب الشرعى من أن أقصى مدة الحمل سنة .

قواعد ثبوت النسب (١)

صيانة الشريعة للأنساب :

١٥٢ — صانت الشريعة الإسلامية الأنساب من الضياع والكذب والتزوير، وجعلت ثبوت النسب حقا للولد، يدفع به عن نفسه المعرة والضياع، وحقا لأمه تدرأ به الفضيحة والاتهام بالفحشاء، وحقا لأبيه يحفظ به نسبه وولده أن يضيع أو ينسب لغيره، وجعلت أحكامه من النظام العام، المعبر عنه بحق الله سبحانه، صيانة له عن كل دنس وريبة، وحتى تبقى الأسرة، وتوجد القرابات، على أساس متين مكين، يربط أفرادها برباط قوى محكم، فيه قوة الحق، وتجاذب ذوى الدم الواحد والأصل المشترك.

فلم تترك النسب لأصحابه، يدعونه إن شاءوا، وينفونه إن رغبوا عنه، ولو خالف الواقع دعوتهم فى الأولى، ونفيهم فى الأخرى.

بل جعلت النسب يثبت بأحد أسباب ثلاثة : الأول : الفراش، الثانى : الإقرار، الثالث : البينة. وسنت من القواعد والنظم ما يجعل تلك الأسباب منتجة لأنساب صحيحة وصادقة، مما سيتبين لنا عند الكلام على كل سبب منها.

السبب الأول

(الفراش الصحيح)

١٥٣ — والمراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، فاذا ولدت الزوجة ولدا حملت به من زوجها، فان نسبه يثبت من ذلك الزوج،

---

(١) أصدر المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية سنة ١٣٨٤ هـ/ ١٩٦٤ كتبا للتعريف بالشريعة الإسلامية، تترجم إلى اللغات المنتشرة، وكان من هذه الكتب، كتاب عن (أحكام الأولاد فى الإسلام) للمؤلف، اشتمل على هذه الأحكام.

دون حاجة إلى إقرار زوجها بأبوته ، ولا إلى بينة تأتى بها على ذلك (١) .

وإنما قضت الشريعة بثبوت النسب بالفراش فقط ، دون توقف على دليل آخر ، لأن السبب الحقيقى ، وهو الاتصال بين الرجل والمرأة اتصالا ينشأ عنه الولد ، أمر خفى لا ترتبط به الأحكام ، فأقيم مقامه عقد الزواج الصحيح ، الذى يقصر تلك الزوجة على زوجها ، بحيث لا يحل لها أن تمكن غيره من الاتصال بها ولا من الاختلاء بها خلوة مريبة ، والأصل حمل الناس على الصلاح والاستقامة حتى يثبت العكس . وفى ذلك يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : «الولد للفراش ، وللعاهر الحجر» (٢) فالولد لصاحب الفراش وهو الزوج ، وللعاهر وهو الزانى الرجم بالحجر عقوبة على جريمته إذا كان ممن يرجمون بزناهم ، أوله الخيبة والخسران ولا نسب له ، وقد عبر الرسول عن ذلك بأسلوب العرب وتعبيرهم عنه بقوله : (له الحجر) .

التلقيح الصناعى

١٥٤ — ومما يتصل بهذا ، حكم التلقيح الصناعى ، الذى ظهر أمره فى بعض البلاد ، وهل هو جائز شرعا ، ويترتب عليه ثبوت النسب من الزوج أو لا ؟

والتلقيح الصناعى جائز شرعا (٣) إذا كان بماء الزوج ، ودعت إليه داعية ، كأن يكون بأحد الزوجين الراغبين فى إنجاب الأولاد مانع يمنع من الحمل من طريق

---

(١) ويلحق بالفراش الصحيح الدخول بالمرأة فى عقد زواج فاسد ، ووطؤها بشبهة ، كأن يخالط امرأة زفت إليه على أنها زوجته ، وليست زوجته حقيقة ، أو أن يخالط المرأة التى طلقها بلفظ ليس من ألفاظ الطلاق الصريحة .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٢٧٩ .

(٣) انظر مقال المؤلف فى الصفحة الدينية ، بصحيفة الاخبار ، يوم الجمعة ، بعنوان (لن يخلقوا ذبابا ولو اجتمعوا له) بمناسبة ما نشر عن أطفال الانابيب فى صيف سنة ١٩٧٨ .

الاتصال العادى، ومحرم شرعا إذا كان بماءغيرماءالزوج ، لما فيه من معنى الزنا، والاختلاط فى الأنساب ، ونسبة الولد إلى أب لم ينشأ من مائه .

والنسب فى الحالة الأولى يكون ثابتا من الزوج ، فانه ولده قد خلق من مائه ، ولهذا الولد كل حقوق الأولاد .

أما النسب فى الحالة الثانية المحـــرمة ، فإنه يأخـــذ حكم نسب الولد الذى ينشأ من زنا الزوجة ، ينفيه الزوج ، فينتفى نسبه ، على الوجه الذى سنبينه عند الكلام على نفى النسب فيما يلى .

شروط ثبوت النسب بالفراش

١٥٥ ـــ ويشترط فى الفراش الذى يثبت به النسب شروط أربعة ، حتى يكون عنوانا صحيحا لنسب صحيح .

أولا . أن يكون حمل الزوجة من زوجها ممكنا ، بأن يكون الزوج بالغا او مراهقا قارب البلوغ ، فاذا كان الزوج صغيرا لا يتصور الحمل منه لم يكن الولد ثابت النسب منه .

وإذا كان الزوج بالغا، ولكنه لم يلتق بزوجته أصلا حيث تزوجها بالمراسلة والتوكيل مثلا ، وبين مكان إقامته ومكان إقامتها مسافة بعيدة . بأن كان يقيم فى القاهرة وتقيم زوجته فى كراتشى مثلا، ثبت نسب ولدها منه فى المذهب الحنفى، ذهابا منه إلى أمور غير عادية تدخل فى باب الولاية والكرامة ونحوها . وقد خالفهم فى ذلك المالكية والشافعية وأحمد بن حنبل فى قول، وقرروا أن الفراش الثابت بالعقد الصحيح يكون سببا لثبوت النسب إذا كان الاتصال بين الزوجين ممكنا عادة . بأن كانا يتلاقيان أو كانا قريبين بحيث يتمكن الرجل من الاتصال بها ومباشرتها . فان كانا بعيدين بحيث لا يمكن تلاقيهما لم يثبت نسب ولدها منه .

ثانيا : أن تأتى الزوجة بالولد لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها ،

وذلك أن أقل مدة الحمل شرعا هى ستة اشهر باتفاق الفقهاء ، استنباطا من قول الله تعالى :

« ووصينا الانسان بوالديه إحسانا . حملته أمه كرها ووضعته كرها . وحمله وفصاله ثلاثون شهرا[1] » .

وقوله تعالى :

« ووصينا الإنسان بوالديه ، حملته أمه وهنا على وهن ، وفصاله فى عامين »[2] .

فقد قررت الآية الأولى أن الحمل والفصال وهو الفطام يتمان معا فى ثلاثين شهرا ، وقررت الآية الثانية أن الفطام وحده يكون فى عامين ، فيبقى للحمل وحده أخذا من مجموع الآيتين ستة أشهر ، وقد زكى هذا التفسير ترجمان القرآن ، الصحابى الجليل عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، فقد روى أن رجلا تزوج امرأة ثم جاءت بولد لستة أشهر من تاريخ زواجها ، فهم عثمان رضى الله عنه بتنفيذ عقوبة الزنا عليها ، فرده ابن عباس ، وقال له: « انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم » ، قال الله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » ، وقال : « وفصاله فى عامين » فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان — رضى الله عنه — الحد عنها ، وأثبت نسب الولد من زوجها ، واشتهر هذا بين الصحابة — رضوان الله عليهم — فلم ينكره أحد منهم .

ثالثا : أن تأتى بالولد فى مدة أقل من سنتين من تاريخ الفرقة بينهما ، وذلك أن أقصى مدة للحمل فى المذهب الحنفى سنتان ، استدلالا بما روى عن السيدة عائشة — رضى الله عنها — من قولها :

---

(١) الآية ١٥ من سورة الأحقاف .
(١) الآية ١٤ من سورة لقمان .

« ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل » فإذا جاءت بولد لسنتين فأكثر من تاريخ الفرقة بالطلاق البائن أو الوفاة ، لم يكن هذا الولد ثابت النسب بالفراش السابق ، لأنه قد نشأ بعد انتهائه يقينا ، حيث ولد لسنتين فأكثر بعد انتهاء ذلك الفراش .

وإذا جاءت بولد بعد أن طلقها زوجها طلاقا رجعيا ، ثبت نسبه منه فى أى وقت تجيء به ، ولو مضى على طلاقها الرجعى سنتان فأكثر ، مالم تقر بانقضاء عدتها بعد طلاقها ، والأمر محمول حينئذ على أن الزوج قد راجعها وهى فى العدة التى قد يطول وقتها إذا امتد زمن طهرها ، فجاءت بهذا الولد من الفراش الذى استدامته الرجعة .

وقد تعددت أقوال فقهاء المذاهب الأخرى ، فى تحديد أقصى مدة الحمل ، بعد أن رفضـــوا الاستدلال بالأثر المنسوب إلى السيدة عائشة رضى الله عنها ، واستندوا إلى الحوادث التى رأوها فى أزمانهم ، وترجح عندهم صدقها وصحتها ، فذهب بعضهم إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، وفى ذلك روى عن مالك ابن أنس أنه قال : « هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان ، امرأة صدق ، وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن فى اثنى عشرة سنة ، كل بطن فى أربع سنين » وذهب بعضهم إلى تحديده بأكثر من ذلك ، استنادا إلى بعض الحـوادث التى صحت عندهم ، وحدده محمد بن عبد الحـكم المـالـكى بسنة هلاليـة ، وذهب الظاهرية إلى أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، عملا بالغالب الـكثير .

رابعا : ألا ينفى الزوج هذا النسب ، فاذا نفاه انتفى نسبه منه ، بعد أن يلاعن زوجته اللعان الشرعى ، الذى قررته الآية القرآنية :

« والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الـكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الـكاذبين»

والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »[1]. والأمر واضح فى هذا الشرط الأخير، إذ أنه ما دام النسب يثبت بالفراش دون توقف على إقرار الزوج — تقديرا للاعتبارات التى أسلفناها — فليس من الحكمة أن يثبت النسب من زوج يقرر أن هذا الولد لم يخلق من مائه، ويرد نسبه ويدفعه عن نفسه، ويقسم الأيمان على صدق قوله، ويؤكد ذلك بالدعاء على نفسه باللعنة من الله والطرد من رحمته إن كان كاذبا فى دعواه، التى لا يقدم عليها انسان عادة إلا إذا تأكد من صدقها، كما تقوم القرينة على صدقها، فان الانسان لا ينفى نسبا صحيحا لولد تكون من مائه، فكان جزءا انفصل من جسمه وكيانه، وفلذة من فلذات كبده، وليس من الحكمة أن نرهقه بتقديم اثبات على دعواه، ولا يستطيعه إن حاوله، ويفسر لنا هذا المعنى الذى نشير إليه أن أنصاريا دخل على رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فى المسجد، فقال له: يا رسول الله، أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلا، فان قتله قتلتموه، وإن تكلم جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ، فنزلت تلك الآيات، تزيل هذا الحرج النفسى الذى قرره هذا الصحابى الأنصارى، واكتفت بأيمانه المؤكدة، ومنعت عنه حد القذف، ونفت عنه الشريعة هذا النسب الكاذب، واعتبرت هذا الولد أجنبيا عنه، لا يكون بينهما ما يكون بين الآباء والأولاد من حقوق وواجبات، ومن باب الاحتياط اعتبرت هذا النسب ثابتا فى الأمور التى يكون فيها حق الله تعالى، كحرمة المصاهرة بينهما، بحيث إذا كان هذا المولود بنتا لم يجز لهذا الرجل الزواج بها احتياطا.

ولما كان القول بثبوت نسب ولد أتت به الزوجة التى ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد، وثبوت نسب ولد المطلقة بائنا والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به فى مدة تقل عن سنتين من وقت الطلاق البائن أو الوفاة، وثبوت نسب ولد المطلقة رجعيا فى أى وقت ولو ولدته لسنتين فأكثر من تاريخ

---

(١) الآيات من ٦ — ٩ من سورة النور.

الطلاق ما لم تقر بانقضاء العدة ، قد أدى مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق — إلى ادعاء نسب أولاد غير شرعيين ، فقد رأى المشرع المصرى منع سماع دعاوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاق بينها وبين زوجها من حين العقد ؛ ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة[1] وبنى ذلك على أن رأى الفقهاء فى ثبوت النسب قد تفرع على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ، التى بنى أغلبهم رأيه فيها على أخبار بعض النساء ، بأن الحمل قد مكث كذا سنين . وأن البعض الآخر كأبى حنيفة قد استند إلى الأثر المروى عن السيدة عائشة ، وأنه ليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة صحيحة . وأن الطب الشرعى يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما . حتى تشمل جميع الأحوال النادرة ، وأن لولى الأمر أن يمنع قضاته من سماع الدعاوى التى يظهر فيها التزوير والاحتيال . وأن هذه الدعاوى السابقة من هذا النوع . ثم قصرت هذا المنع على حالة انكار المدعى عليه ، فانها الحالة التى يظهر فيها هذا التزوير والاحتيال .

---

(١) المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

إثبات الولادة

١٥٦ — إذا أنكر الزوج نسب الولد انتفى عنه النسب بعد أن يقوم باللعان عند القضاء ، ومعنى هذا أنه يعترف بالولادة ، ولكنه ينفى أن المولود قد حملت به المرأة منه .

أما إذا ما أنكر الزوج الولادة نفسها ، بأن قال : إن زوجتى لم تلد ، وإن هذا الوليد الذى تنسبه إلى لقيط مثلا ، فان الولادة تثبت بشهادة القابلة أو أية امرأة مقبولة الشهادة، فان الولادة من الأمور التى لا يطلع عليها إلا النساء عادة، ويندر أن يحضرها نساء كثيرات ، فاكتفى فى إثباتها بشهادة المرأة الواحدة ، دفعا للحرج . ومع هذا ليس هناك مانع من قبول شهادة الطبيب الذى قام بعملية التوليد، وشهادة أى رجل شاهد الولادة غير متعمد لذلك ، فان تعمد النظر كان مردود الشهادة ، لأنه قد أتى بأمر منهى عنه ، فكان فاسقا .

ويعمم الصاحبان أبو يوسف ومحمد هذا الحكم، فلا فرق عندهما بين ولادة الزوجة وولادة المعتدة من طلاق رجعى أو بائن أو وفاة ، حيث يثبتون الولادة بشهادة المرأة الواحدة، فان النسب ثابت بفراش الزوجية الحقيقية أو الحكمية، والخلاف قد حصل فى أمر الولادة ، فتكفى فيها شهادة المرأة الواحدة فى كل حال .

١٥٧ — وقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الولادة — من المعتدة من طلاق بائن أو من وفاة — لا تثبت إلا ببينة كاملة : وهى رجلان أو رجل وامرأتان ، لأن المعتدة قد أصبحت أجنبية بمجرد الولادة ، فيكون لها حكم الأجنبية إذا ادعت نسب ولدها لشخص معين ، طولبت بالبينة الكاملة ، واستثنى من ذلك حالة اعتراف المطلق أو الورثة بحملها قبل ذلك ، وحالة كون الحمل ظاهراً يوجب غلبة الظن بحصوله ، وأثبت الولادة — فى هاتين الحالتين — بقول المرأة نفسها ، لأن الولادة ثابتة بالحمل الظاهر المؤدى إليها أو بالاعتراف بالحمل سابقا .

وقد اختلف الرأى فى المطلقة رجعيا، فألحقها بعضهم بالزوجة وأعطاها حكمها، وألحقها بعضهم بالمعتدة من طلاق بائن، وأجرى عليها حكمها.

إثبات شخصية المولود

١٥٨ — أما إذا كان الخلاف بين الزوج وزوجته أو معتدته فى تعيين المولود، بأن ادعت مثلا أنها ولدت غلاما، وأنكر ذلك وقال إنها ولدت بنتاً، فانه يكفى فى إثبات أن المولود هو هذا الغلام شهادة امرأة واحدة، لأنه لا اختلاف بينهما فى ثبوت النسب ولا فى حدوث الولادة، وإنما ينحصر الخلاف فى شخص المولود، وذلك أمر يعرفه من يحضر الولادة، ولا يحضرها إلا النساء غالباً، وبعدد قليل، فكانت شهادة المرأة الواحدة كافية فى الإثبات، كغيرها من الأمور التى لا يطلع عليها إلا النساء.

السبب الثانى

الإقـــرار

١٥٩ — والإقرار بالنسب نوعان:

نوع يثبت فيه النسب من المقر أولا، وهو الإقرار بالبنوة المباشرة، يعنى الإقرار، بأن هذا الشخص ابنه، وأن هذه البنت بنته.

ونوع يثبت فيه النسب من غير المقر أولا، وهو الإقرار بغير البنوة المباشرة.

فالنوع الأول يثبت فيه نسب المقر له من المقر أولا، ثم يترتب على ذلك ويتبعه ثبوت نسب المقر له من أقارب الأب المقر.

أما النوع الثانى فان نسب المقر له لا يثبت بالنسبة للمقر إلا بعد أن يثبت من غيره، بعكس النوع الأول.

ففى الحالة الأولى يقر شخص لآخر بأنه ابنه ، فتثبت بنوته للمقر أولا ، ثم يتبع ذلك كونه أخا لأولاد المقر ،وحفيدا لأبوى المقر ،وهكذا باقى القرابات .
أما فى الحالة الثانية إذا أقر شخص لآخر بأنه ابن ابنه ، فإنه لا يثبت كونه حفيدا له ، إلا إذا ثبتت بنوته للغير وهو ابن المقر ، فاذا ثبتت هذه البنوة من الغير وهو ابن المقر ، ترتب على ذلك ثبوت غيرها من القرابات التى تبنى على هذا النسب ، ومنها كونه حفيدا لهذا الجد المقر .

شروط الإقرار بالنسب على النفس

١٦٠ — يشترط لصحة الإقرار فى هذا النوع، حتى يكون عنوانا للحقيقة والواقع ويثبت به النسب شروط أربعة :

أولا : أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب ، حتى يمكن إثبات بنوته للمقر، فلو كان معروف النسب ، لم يصح الإقرار ، ولم تترتب عليه الآثار ، لأن نسبه الثابت لا يملك المقر إبطاله ، ولا يكون النسب لرجلين فى وقت واحد .

ثانياً : أن يولد مثل المقر له لمثل المقر ، حتى يكون الإقرار مقبولا لا يكذبه الظاهر ، فان لم يكن كذلك ، بأن كان المقر له بالبنوة أكبر سنا من المقر أو فى مثل سنه أو أصغر منه قليلا بحيث لا يتصور أن يكون هذا ابنا لذلك ، لم يصح الإقرار ، لمخالفته لحكم العقل .

ثالثاً : ألا يصرح المقر بأن هذه البنوة نشأت من الزنا ، فان صرح بذلك لم يثبت نسبه ، ورد عليه قصده ، وأهدر ماؤه الحرام ، فان النسب نعمة من الله بها على عباده فى قوله تعالى : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا، وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة(١) » والنعم لا تترتب على الجرائم ، وإنما تترتب على الجرائم النقم ، فلا يثبت النسب بجريمة الزنا ، والرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول : « للعاهر الحجر » فلا نسب له ، بل له الخيبة والعقوبة بسببها ، والأصل

---

(١) الآية ٧٢ من سورة النحل .

حمل حال الناس على الصلاح والإصلاح حتى يثبت عكس ذلك ، أما إذا أعلن الزنا سبباً لهذه البنوة ، فإنها تكون مهدرة وغير معترف بها .

وقد ذهب ابن تيمية إلى ثبوت نسب ولد الزنا بغير المتزوجة ، باعتباره أمراً ثابتاً بواقعة مادية ، والجزاء على الجريمة يوقع على صاحبها فى الدنيا وفى الآخـــرة(١) .

وذهب المالكية إلى وجوب بيان النسب إذا كان ظاهر الحال يكذبه ، كأن يكون المقر ببنوته لقيطا ، والمقر رجل عقيم لا قدرة له على الإنجاب ، وفى هذا احتياط للأنساب التى يرتبط بها الحلال والحرام .

رابعاً : أن يصادقه المقر له بالبنوة على إقراره ، إذا كان من أهل المصادقة والتمييز ، فان هذا الإقرار بالبنوة يتضمن الدعوى على هذا الشخص بالبنوة ، وهو من أهل المصادقة ، ويستطيع إعلان موافقته على هذه الدعوى إذا رآها صحيحة ، فإن لم يكن من أهل المصادقة والإقرار ، وكان صبياً غير مميز ، ثبت النسب بهذا الإقرار المجرد ، الذى ترجح القرائن صحته ، لتعذر المصادقة حينئذ ، ولأن مصلحة الصغير الأدبية فى إثبات نسبه من المقر ، حتى لا يكون مجهول النسب مقطوعه ، وذلك يرجح ما قد يترتب على هذا النسب من واجبات تلزمه بمقتضـــاه .

---

(١) انظر الوسيط فى أحكام التركات والمواريث للمؤلف ، الطبعة الثالثة ، ص ٢٨١ — ٢٨٢ ففيه زيادة تفصيل .

الفرق بين الاقرار بالبنوة والتبنى

١٦١ — ويتبين لنا من هذه الأحكام والشروط المتقدمة، أن الإقرار بالبنوة أمر مخالف للتبنى المعروف فى البلاد الأوربية .

فان الأول إقرار واعتراف بنسب حقيقى لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف ببنوة ولد خلق من مائه ، بنوة حقيقية ، كغيرها من البنوات الثابتة بالفراش ، ولا فرق بينهما إلا فى أن هذه ثابتة بالإقرار ، وتلك ثابتة بفراش الزوجية وحده ، وإذا قيل إن المقر قد يكون كاذبا فى إقراره بالبنوة ، فان الرد على ذلك هو أن لنا الظاهر الذى لا يكذب المقر فى إقراره ، والله — سبحانه وتعالى — يتولى السرائر ، ويحاسبه على ما قد يكون قد اقترف من جريمة فى إقراره .

أما التبنى فهو إلحاق شخص معروف النسب أو مجهول النسب ، ونسبته إلى نفسه ، والتصريح بأنه يتخذه ولداً له ، وليس بولد له فى الحقيقة .

وقد كان هذا التبنى معروفاً فى الجاهلية ، وكان للولد المتبنى مرتبة الولد الحقيقى ، وبقى معروفا للمسلمين فترة من الزمن فى صدر الإسلام ، حتى نزل قول الله تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم »(١) .

فحرم الإسلام بذلك التبنى تحريما مؤبدا ، وأبطل العمل به ، ونفى أن يكون التبنى طريقاً إلى إثبات البنوة ، وإعطاء المتبنى حكم الابن الحقيقى زورا وبهتانا ، حتى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — كان قد تبنى — على عادة قومه — مولاه

---

(١) الآيتان الرابعة والخامسة من سورة الأحزاب .

زيد ابن حارثة الذى كان عبداً مملوكا لخديجة زوج النبى — صلى الله عليه وسلم — فأهدته إلى النبى الكريم ، ثم جاء أهله إليه بعد أن علموا نبأه وعرفوا موضعه ، وقدموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فدية يفتدون بها ابنهم ، ويستردون بها حريته ، فأجابهم الرسول الكريم بأن زيداً لهم من غير فدية إن أراد ، فأبى زيد وفضل المقام مع النبى الرحيم ، فأعتقه وتبناه قبل مبعثه ، وأصبح قرشيا ينادى زيد بن محمد ، وتزوج بزينب بنت عمة النبى — صلى الله عليه وسلم — فلما نزل القرآن بتحريم التبنى وإبطاله ، وإهدار النسب المترتب عليه ، أخذت تضايقه لمكان نسبها ونسبه ، فأراد أن يطلقها ، فنهاه النبى — صلى الله عليه وسلم — عن ذلك ، وقال له : « أمسك عليك زوجك ، واتق الله »(١) ولكن الإرادة الإلهية فرقت بينهما ؛ وتزوجها النبى — صلى الله عليه وسلم — بعد ذلك « لكيلا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا ، وكان أمر الله مفعولا »(٢) ونفى القرآن بنوة زيد للنبى — صلى الله عليه وسلم — إذ يقول : « ما كان محمداً أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين ، وكان الله بكل شىء عليما »(٣) .

فلم يعد للتبنى بعد ذلك مكان فى الشريعة الإسلامية ، التى لم تكن بدعا فى ذلك ، بل جاءت مقررة لما قررته الشرائع السماوية التى سبقتها .

١٦٢ — وإن هذا التحريم القاطع الأبدى لنظام التبنى الذى عرفه اليونان والرومان قديما ، وتعرفه بعض البلاد الأوربية حديثا ، يقوم على الأسباب التالية التى تغلق الأبواب بشدة أمام محاولات المتأثرين بالنظم الغربية .

وأول هذه الأسباب : أن التبنى كذب وافتراء على الله وعلى الناس ، ومجرد ألفاظ تردد ، لا يمكن أن توجد المودة والرحمة ، والحنان والشفقة ، التى توجدها الأبوة أو الأمومة أو القرابة الحقيقية . وفى ذلك يقول الله تعالى : « ذلكم قولكم

(١ و ٢) الآية ٣٧ من سورة الأحزاب .
(٣) الآية ٤٠ من سورة الأحزاب .

بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل »[١] فليس هذا التبنى إلا ألفاظا لا تعبر عن حقيقة ، وخلطا بين الأنساب تضيع معه معالم الحق ، وتنهدم روابط الأسر ، التى تقوم على أساس كاذب ، وارتباط صناعى زائف يستوجب لعنة الله ، والرسول - صلى الله عليه وسلم - يقول فى حديث له : (من ادعى إلى غير أبيه .... فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا)[٢] .

وثانيها : أن هذا التبنى — يتخذ فى كثير من الأحيان — كما نشاهد ونرى — وسيلة للكيد والإضرار بالأقارب ، فيتخذ الرجل له ابناً يتبناه حتى يرث ماله ، ويحرم بذلك إخوته أو غيرهم ، أصحاب الحق فى الميراث عند الله ، فكان من المعقول إهداره ، حتى لا يتخذ ذريعة إلى إفساد الأسر وإثارة الأحقاد والضغائن فى صفوفها ، وحرمان ذوى الحقوق من الوصول إليها ، وإعطائها إلى أصحاب النسب الزائف المزور .

وثالثها : أن إقرار التبنى ، وترتيب آثار البنوة الحقيقية عليه ، يؤدى إلى تحميل الأقارب واجبات تترتب على ذلك ، فتجب نفقة المتبنى عند حاجته وعجزه على من يكون غنيا من أقاربه المزعومين ، من أخ أو عم أو خال أو غيرهم ، وفى هذا تحميل لهم بتبعات ومغارم لأجنبى عنهم ، لا تربطهم به قرابة ولا رحم موصولة .

كما يؤدى إلى تحليل الحرام ، وتحريم الحلال ، إذ يصبح هذا الدخيل محرما لنساء أجنبيات عنه ، فيرى منهن مالا يحل له ، ويحرم عليه الزواج بإحداهن ، وهى حلال له فى الواقع ونفس الأمر ، وغير ذلك من الاضطراب والفساد[٣] .

وإن نظاما كهذا لا يمكن أن تقره شريعة تقوم نظمها على الحق والصدق ،

---

(١) الآية ٤٠ سورة الأحزاب .

(٢) رواه البخارى .

(٣) ارجع الى ماتنشره الصحف ، ومايرفع الى القضاء ، فى هذا الشأن ، ممن لم يلتزموا بأحكام الاسلام .

وتؤسس مجتمعها على روابط حقيقية طبيعية ، وتبنى نظام الأسرة فيه على أدق القواعد والأحكام .

موقف الاسلام من اللقطاء ومن لا آباء لهم

١٦٣ — تلك هى أحكام الاسلام فى التبنى ، قاطعة فى تحريمه وإبطال الانساب التى تقوم على أساسه ، وعدم ترتيب آثار شرعية عليه ، للأسباب التى بيناها ، ولكنها — مع ذلك — لم تغفل هؤلاء الذين حرموا من الانتساب إلى أب يرعاهم بحنانه وعطفه وحكمته ، وعالجت أمورهم علاجا واقعياً لاخيالياً ، فلم ترنسبهم إلى أنساب مزورة لا تحقق غرضا ، ولا تهدف إلى غاية ، بل تهدم بنيان الأسرة ، إذ تضم إليها من لا تربطه بها رابطة دم ، فيكون عامل بغضاء وريبة وفساد . بل طالبت المجتمع برعايتهم على أساس الأمر الواقع ، وقياما بواجب الأخوة الإنسانية والدينية والولاء ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » فيجب لهم من الرعاية الاجتماعية ما توجبه تلك الأخوة ، وذلك الولاء ، فيمكن للأسرة الاسلامية أن تضم إليها من هؤلاء من تكون قادرة على رعايته وتربيته ، والانفاق عليه ، حتى يبلغ ويستغنى عن تلك الرعاية ، دون أن يترتب على ذلك حقوق البنوة الحقيقية من تحريم الزواج بسببها ، وتوريثهم بمقتضاها ، وغير ذلك من الأحكام . وفى هذا القدر الذى دعت إليه الشريعة غناء ووفاء لهؤلاء .

١٦٤ — ثم نظمت أحكام اللقطاء الذين نبذهم أهلهم فراراً من تهمة الزنا او الخوف من الفقر . فجعلت التقاطهم وإيواءهم فرضا على المجتمع ، يقوم به بعض الافراد ، فيكفى عن قيام الآخرين به ، بل جعلته فرضا متعينا على من يرى لقيطاً فى مكان يغلب على ظنه هلاكه فيه إذا تركه . فان هذه النفس الانسانية تستحق الحماية والرعاية ، وليست مسئولة عن جريمة ارتكبها غيرها .

كما كرمت اللقيط واعتبرته مسلماً تبعا لوجوده فى دار الإسلام ، إلا إذا

التقطه غير مسلم فى مكان خاص بغير المسلمين ، فانها اعتبرته على دين ملتقطه الذى ضمه إليه وآواه ، ولم تعتبره مسلما فى هذه الحالة ، لهذه الاعتبارات والقرائن التى ترجح ولادته لغير مسلمين .

فإن وجد مع اللقيط مال كما يحدث فى بعض الأحيان ، كان ملكاً خالصاً له ، يصرف منه على حاجاته ومصالحه ، ويتولى ذلك ملتقطه بعد استئذان القضاء ، حتى يضمن إنفاقها فى الوجوه التى تعود عليه بالخير والمنفعة ، فإن لم يوجد مع اللقيط مال يكفيه ، ولم ينفق عليه ملتقطه ، وجبت نفقته فى مال الدولة ، قياماً بأحكام التكافل الاجتماعى الذى دعا إليه الاسلام .

وفى مصر ، يوجد فى مواردالدولة قسم يطلق عليه موارد « بيت المال(١) » وهو اسم إسلامى ، يضم الأموال التى لا مالك لها ، والتركات التى لا وارث لها ، ويصرف منه على هؤلاء اللقطاء الضائعين ، وذلك يتفق مع منطق موارده التى تضم الأموال الضائعة ، مقابلة المغانم بالمغارم .

ثم جعلت الشريعة لمن التقطه ولاية حفظه وتربيته وتعليمه حرفة أو صناعة تنفعه وتنفع المجتمع ، أو إدخاله مدرسة تنمى عقله ومعارفه ، حتى يكون عضواً عاملا فى بناء المجتمع الإسلامى . ولا يعيش عالة على الناس ، يمد يده سائلا مستجديا ، حتى إذا ما أقر شخص بنسب هذا اللقيط ، وادعى بنوته له ، ثبت نسبه منه ، إذا ما توافرت شروط الإقرار التى وضحناها فى الإقرار بالنسب المباشر على النفس ، وأصبح ابنا حقيقياً له كل حقوق الأبناء .

فإذا لم يقر أحد بنسبه بقى عند من التقطه وآواه ، إلا إذا أسقط حقه فى ذلك ، وضمه إلى ملاجىء الأيتام ، أو إذا تبين أن بقاءه تحت يده وولايته لا يحقق مصلحته . أو أن هذا الشخص لا يصلح للولاية على النفس ، بفقد أحد شروطها .

والذى يجرى عليه العمل فى مصر ، أن الملتقط يسلم اللقيط إلى جهة الادارة ، فتقوم بتحريات عن ظروف نبذه من أهله والتقاطه من صاحبه ثم تسلمه إلى بيت

---

(١) ضم أخيرا الى البنك الاجتماعى .

من البيوت التى ترعى أمثاله ، ومن أراد أن يضمه إليه ليتولى تربيته ورعايته أجيب إلى طلبه ، إذا كان قادراً على تربيته وصالحا لها ، دون أن يترتب على ذلك وجود علاقة من العلاقات الثابتة بين الآباء والأبناء .

وهذه تنظيمات تتفق مع القواعد الشرعية ، وتدعو إليها الاحتياطات الواجبة فى مثل هذه الأحوال .

الإقرار بالنسب على الغير

١٦٥ — وهذا النوع من الإقرار ، لا يكفى فى إثبات النسب ، ولا بد من موافقة هذا الغير الذى يثبت منه النسب أولا ، أو قيام البينة الشرعية الكاملة على صحة هذا النسب .

فإذا لم توجد مصادقة الغير على هذا النسب ، ولم تقم عليه بينة شرعية ، لم يثبت هذا النسب من الغير ، وبالتالى لم يثبت النسب من المقر .

إلا أنه — معاملة لهذا المقر بإقراره — يكون لهذا الإقرار بعض الآثار فى هذه الحدود ، وذلك أن الإقرار فى هذه الحالة يتضمن أمرين :

أولها : الإقرار بالنسب على الغير ، وهذا الإقرار لا يملكه ولا يلزم غيره ، فهو حجة قاصرة ، لا تتعدى المقر إلى غيره .

وثانيهما : أن هذا الشخص المقر له يستحق على المقر حقوق القرابة التى يعترف بها . فيقبل إقراره على نفسه ، وتترتب عليه آثاره ، بحيث لا يترتب على ذلك ضرر بغيره . ويرد إقراره فى حق غيره ، فلا يكون النسب ثابتاً . ومن ذلك أن نفقة المقر له تجب على المقر عند فقره وعجزه ، وأن المقر له يستحق تركة المقر إذا مات دون أن يترك وارثا ، تنفيذا لإقرار المقر وارادته التى لم يضار بها أحد .

السبب الثالث

البينة الشرعية

١٦٦ — ويثبت النسب بالبينة الشرعية ، وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، سواء أكان النسب مباشرا أم غير مباشر .

فإذا ادعى شخص على آخر أنه ابنه أو ابن لابنه ، وأنكر المدعى عليه هذه الدعوى ، فأثبتها المدعى بتلك البينة ، حكم له القضاء بثبوت هذا النسب ، باعتباره نسبا حقيقياً قامت على صحته البينة الشرعية ، وترتب عليه كل الآثار الشرعية .

وغنى عن البيان أن الفراش وما ألحق به هو السبب الحقيقى لثبوت النسب وأن كلا من الإقرار والبينة الشرعية سبب ظاهرى ، يدل على وجود السبب الحقيقى .

أحكام الرضاع

وجوب الرضاع على الأم :

١٦٧ — يثبت للطفل بمجرد ولادته الحق فى الرضاع ، حتى ينمو جسمه ، ويتغذى بالغذاء الطبيعى ، وهو لبن أمه، الذى يجريه الله فى ثدييها غذاء لوليدها .

فيجب على أمه أن تقوم بإرضاعه ، إذا تعينت لذلك ، بأن لم توجد امرأة غيرها تتولى ذلك، أو كان الولد لا يقبل غير ثدييها، أو لم يكن للأب ولا للولد مال تستأجر به مرضعة ترضعه ، ولم توجد من تتبرع بإرضاعه مجانا .

والقضاء يجبرها فى هذه الحالات إذا امتنعت ، محافظة على حياة الصغير ونموه النمو الطبيعى . وإذا كان فى جبرها اضرار بها ، فإن هذا الضرر يكون ضررا ضئيلا بالنسبة للضرر الذى يقع على الصغير فى هذه الحالة إذا تركت وشأنها فلم ترضعه .

اما إذا لم تتعين الأم للإرضاع ، وذلك فى غير هذه الحالات ، فان الإرضاع — وإن كان واجباً عليها وجوبا دينياً تأثم بترك القيام به من غير عذر مشروع لا يتدخل القضاء ولا يجبرها عليه، فهناك من ترضعه وتمده بالغذاء اللازم لحياته ونموه ، وفى امتناعها من الإرضاع — مع أنها الأم الحانية التى لا يعدلها فى عاطفتها على ابنها أحد — قرينة على شذوذها أو عجزها وعدم قدرتها على الإرضاع ، وفى إلزامها بإرضاعه حينئذ إضرار بها ، والضرر ممنوع بنص الآية الكريمة التى أوجبت عليها الرضاع، حيث يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده[1] » .

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

١٦٨ — ويوجب الشافعية على الأم أن ترضع ولدها اللبن الذى ينزل أول الولادة ، لأن الولد يقوى وتشتد بنيته به ، ولا يجب عليها أن ترضعه ما بعد ذلك ، سواء أكانت زوجة لأبيه أم أجنبية عنه ، إذا كان هناك من يرضعه غيرها ، فإن لم يوجد غيرها وجب عليها إرضاعه .

١٦٩ — ويرى المالكية جبر الأم على إرضاع ولدها ، إذا كانت زوجة لأبيه أو معتدة له من طلاق رجعى ، إلا إذا كانت من قوم لم يعتادوا إرضاع أولادهم ، فلا تجبر على الرضاع حينئذ حتى لا يقع بها الضرر ، إلا إذا كان الصغير لا يقبل غير ثديها ، فإنها تجبر حينئذ محافظة على الصغير ، كما تجبر فى هذه الحالة ولو كانت مطلقة طلاقا بائنا .

الرضاع حق للأم وواجب عليها :

١٧٠ — وإذا كنا قد قررنا أن الإرضاع واجب على الأم ديانة ، ولا يجب عليها قضاء فى المذهب الحنفى إلا إذا تعينت له ، فإننا نقرر أيضاً أن الإرضاع يعتبر حقاً لها ، تجاب إليه إذا ما طلبته ، وتكون أحق من غيرها بالقيام به ، إذا لم تسىء استعمال هذا الحق ، وتضار والده بهذا الاستعمال .

١٧١ — فإذا امتنعت عن الإرضاع إلا بأجر معين ، فى الحالة التى لا تتعين فيها لإرضاعه ، ووجدت متبرعة بإرضاعه مجانا ، أو وجدت امرأة أخرى ترضى بإرضاعه بأجر يقل عن الأجر الذى تتمسك به الأم ، لم تكن الأم أحق بالإرضاع حينئذ ، وتتولى المرأة المتبرعة أو المتسامحة فى الأجر إرضاعه ، سواء أكانت من قريباته أم من الأجنبيات عنه . فإن الغرض من الإرضاع هو تغذية الطفل باللبن النسوى الذى يناسبه فى هذه المرحلة من مراحل عمره ، وهو يتحقق فى إرضاع غيرها التى تماثلها عند تعنتها ، دون أن ينزع من حضانتها . وفى هذا تحقيق لمصلحة الصغير ، بتوفير غذائه المناسب ، دون إرهاق للأب ، بإلزامه بأجر مع وجود المتبرعة الصالحة للإرضاع أو من ترضى بالأجر القليل . وليس فى ذلك إضرار بالأم ، فإنها التى تعنتت فى استعمال حقها ، وقد بقى الطفل فى حضانتها ، والباب أمامها

مفتوح : إذا رضيت بالإرضاع مجانا، أو بالأجر الذى رضيت به المرأة الأخرى .

الطفل بين الحاضنة والمرضعة :

١٧٢ — إذا لم تكن الأم متعينة لإرضاع الصغير ، وامتنعت من إرضاعه ، وجب على الأب استئجار امرأة صالحة لإرضاعه ، ويتفق معها على طريقته ، كأن ينقل إليها الصغير فى مواعيد الرضاعة لترضعه فى بيتها، ثم يرد إلى منزل حاضنته، أو تحضر المرضعة لإرضاعه عند الحاضنة فى أوقات الرضاع ، فإذا لم يتفق معها على طريقة معينة ، كان الواجب عليها قيامها بالإرضاع عند الحاضنة أما أو غير أم ، لتتمكن الحاضنة من القيام بمقتضيات الحضانة .

١٧٣ — وإذا انتهت مدة إجارة المرضعة المتفق عليها، قبل أن يستغنى الرضيع عن رضاع اللبن ، أجبرت المرضعة على مد الإجارة لمدة أخرى ، حتى يستغنى عن لبنها أو حتى يقبل ثدى غيرها ، رعاية لمصلحة الصغير ودفعا للضرر عنه ، ولها أجر المثل فى هذه المدة الجديدة .

١٧٤ — وإذا كانت المرضعة متبرعة بالرضاع ، وأرادت إنهاء تبرعها ، أجيبت إلى ذلك ، فما على المحسنين من سبيل، إلا إذا كان الولد قد اعتاد الرضاع منها ، ولا يقبل غير ثديها ، فإنه يلزمها حينئذ إرضاعه ، حتى لا يتعرض الولد للهلاك أو الضعف، ويجب لها أجر المثل بعد إنهاء تبرعها ، فلم تعد متبرعة فى تلك المدة الباقية .

أجر الرضاع :

١٧٥ — من تقوم بالرضاع إما أن تكون هى الأم أو غيرها ، فإذا كانت المرضعة هى الأم لم تستحق أجرة رضاع، إذا كانت زوجة لأب الصغير أو كانت معتدة من طلاقه الرجعى ، وذلك أن أجرة الرضاع ليست عوضاً خالصا ، بل إن لها شبها بالنفقة ، حيث يتم بها تغذية الأم ليكثر لبنها الذى يرضعه الصغير ، فلا تستحقها الأم ما دامت زوجة أو مطلقة طلاقا رجعيا، لأن نفقتها واجبة على

الزوج وعلى المطلق، فلا يجمع لها بين نفقتين ، فإن كانت الأم معتدة من طلاق بائن ، فإنها تستحق أجرة الرضاع فى بعض الروايات فى المذهب الحنفى ، لأنها قد أصبحت أجنبية عن الأب بعد انقطاع الزوجية بينهما بالطلاق البائن، وفى رواية أخرى أنها لا تستحق أجرة رضاع، نظراً لأنها كالمعتدة من طلاق رجعى ، تستحق نفقة على المطلق فى مدة العدة ، ولا تجب للمرأة نفقتان فى وقت واحد .

وقد سار التطبيق القضائى على الرواية الأخيرة، لوجاهة دليلها وتحقيقاً للرفق بالأب ، فإذا خرجت الأم من العدة، فقد أصبحت أجنبية تماما ، وبذلك تستحق أجرة الإرضاع كالأجنبية ، ولو كانت متعينة لإرضاع الوليد . والله سبحانه وتعالى يقول فى ذلك : «وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن، فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن[1]» .

وتعتبر المعتدة التى تمنع من المطالبة بالمفروض لنفقة عدتها ، تطبيقا للقانون المعمول به فى مصر(٢) استنادا إلى أن أقصى مدة الحمل سنة ، فى حكم التى انقضت عدتها ، فتستحق أجرة الرضاع ، حيث لا تأخذ نفقة أخرى من الأب .

١٧٦ — ولا يتوقف استحقاق الأم لأجرة الرضاع على وجود عقد إجارة بينها وبين الأب فى ذلك .

كما لا يتوقف على قضاء القاضى به ، بل يجب لها أجر المثل ، وتكون هذه الأجرة دينا على الأب لا يسقط إلا بالأداء له أو الابراء منه . فلو ماتت الأم قبل قبض الأجرة، كان لورثتها المطالبة بها، باعتبارها من تركتها، ولو مات الأب قبل أن تقبضه الأم ، أخذ من تركته كغيره من الديون .

وإنما استحقت الأم أجرة الرضاع دون أن يوجد اتفاق بينها وبين الأب،

---

(١) الآية ٦ من سورة الطلاق .

(٢) المادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

لأن الآية السابقة تأمر بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع، دون أن تقيده بقيد آخر، « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولا يعتبر إرضاعها لولدها دون اتفاق على ذلك قرينة على تبرعها كالأجنبية، لأن عطف الأم وحنانها يدفعها إلى إرضاع الولد دون انتظار للاتفاق على الأجر، أما الأجنبية فإنها لا تبلغ مرتبة الأم في العطف والشفقة، فكان قيامها بالرضاع دون اتفاق قرينة على التبرع.

١٧٧ — والمدة التي تستحق فيها أجرة الرضاع، هي السنتان الأوليان من عمر الطفل، إذ يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة[١] » فلا أجر بعد تمام الرضاعة في الحولين.

لم وجبت أجرة الرضاع على الأب؟ :

١٧٨ — وقد وجبت أجرة إرضاع الصغير على أبيه ؛ لأن رضاع الصغير هو غذاؤه، وغذاؤه من نفقته، ونفقة الصغير تجب على أبيه إذا لم يكن للصغير مال، فإذا لم يكن للصغير مال، وكان الأب فقيرا عاجزاً عن الكسب، أو كان الأب متوفى، كانت أجرة الرضاع واجبة على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب، على الوجه الذي نبينه في مبحثها.

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

أحكام الحضانة

معنى الحضانة وأصحاب الحق فيها :

١٧٩ — يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته فى المرحلة الأولى من عمره .

١٨٠ — وهى حق للأم، ثم لمحارمه من النساء، ثم لمحارمه من الرجال العصبات ، ثم لمحارمه الرجال غير العصبات .

وثبوت الحضانة للنساء أولا أمر طبيعى ، فهن أقدر من الرجال على تعهد الصغير والعناية به فى تلك المرحلة وأعرف وأصبر ، وأرأف وأفرغ ، وقد ورد فى هذا الشأن أن امرأة جاءت إلى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقالت : « يا رسول الله ، إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء (تريد أن بطنها كان وعاء حافظا لولدها وقت أن كان جنيناً ، وأن حجرها وهو حضنها كان يحويه ويضمه وليدا ، وأن ثديها كان يسقيه شراب اللبن رضيعا) وإن أباه طلقنى ، وزعم أنه ينتزعه منى . فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تتزوجى(١) » .

كما روى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته الأنصارية ، بعد أن أنجب منها ولده عاصما ، ثم تزوجت بغيره ، فرآه فى الطريق وأخذه يضمه إليه ، فذهبت جدته لأمه وراءه ، تطلبه وتسترده إلى حضانتها ، واختلفا فيمن يكون صاحب الحق فى حضانته ، ورفعا الأمر إلى أبى بكر الصديق خليفة المسلمين ، فقضى بضمه إلى جدته ، وقال فى حيثيات هذا الحكم : « ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر » ويروى أن الخصومة كانت بين عمر وزوجته بعد طلاقها ، فقال أبو بكر : « الأم أعطف وألطف وأرحم ، وأحنى وأرأف ، هى أحق بولدها ما لم تتزوج » .

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢٩ .

ترتيب الحاضنات :

١٨١ — أحق النساء بحضانة الصغير أمه، سواء أكانت زوجة لابيه، أم معتدة من طلاقه الرجعى أو البائن ، أم معتدة بعد وفاته ، أم منتهية العدة بعد الطلاق أو الوفاة ، فانها أعطف الناس على صغيرها وأكثرهم تحملا لمتاعب رعايته ، والرسول-صلى الله عليه وسلم-يقول : «من فرق بين والدة وولدها ؛فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » وفى هذا تنفير شديد من نزع الولد من يد أمه فى المرحلة الاولى من حياته . ثم الجدة أم الام وإن علت درجتها ، ثم الجدة أم الاب وإن علا نسبها كذلك ، ثم الاخت الشقيقة ، ثم الاخت من الام ، ثم الاخت من الاب فى رواية راجحة فى المذهب الحنفى ، ثم بنت الاخت الشقيقة ، ثم بنت الاخت من الام ، ثم بنت الاخت من الاب فى رواية غير راجحة ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة من الام، ثم الخالة من الاب، ثم بنت الاخ الشقيق ، ثم بنت الاخ من الام ، ثم بنت الاخ من الاب ، ثم العمة الشقيقة ، ثم العمة من الام، ثم العمة من لاب ، ثم خالة الام الشقيقة ،ثم خالها من الام، ثم خالتها من الاب ، ثم خالة الاب الشقيقة ، ثم خالته من الام ، ثم خالته من الاب ، ثم عمة الام الشقيقة ، ثم عمتها من الام ، ثم عمتها من الاب ، ثم عمة الاب الشقيقة ، ثم عمته من الام ، ثم عمته من الاب .

الأسس التى يقوم عليها هذا الترتيب :

١٨٢ — وإن هذا الترتيب الذى أوردناه يقوم على الاسس السليمة التالية :

أولا : أن قرابة الام مقدمة على قرابة الاب ، عند اتحاد درجة القرابة، لان الام مقدمة فى الحضانة على الاب ، فتكون قرابتها سابقة لقرابة الاب فى ترتيب الاستحقاق ، ولان قرابة الام تكون أعطف وأحنى على الصغير من قرابة الاب .

ثانياً : أن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا ، لأن اتصال الصغير بالجدة من طريق الولادة ، فهو جزء منها ، فكانت أولى بحضانته من الأخت ، ولأن الجدة أعطف على الصغير من الأخت .

ثالثا : أن القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها من القرابات ، لقوتها وزيادة شفقتها لتعدد جهتها ، من الأم ومن الأب ، ثم تليها القرابة من الأم ، ثم تليها القرابة من الأب .

رابعا : أن الأخت لأب مقدمة على الخالات جميعا ، فى بعض روايات المذهب الحنفى ، وفى رواية أخرى تقديم الخالة على الأخت لأب ، وتستند هذه الرواية الأخيرة إلى أن الخالة أخت الأم ، وهذه الأخت بنت الأب فقط ، وقرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، وإلى أن حمزة - رضى الله عنه - كانت له بنت ، طالب ضمها كل من على بن أبى طالب وجعفر ابن أبى طالب وغيرهما ، وقال كل من على وجعفر : هى بنت عمى ، وزاد جعفر وقال : إن خالتها عندى ، فقضى الرسول — صلى الله عليه وسلم — بضمها إلى خالتها ، وقال : « الخالة والدة »[1] . فكانت الخالة لذلك مقدمة على الأخت لأب . ووجه الرواية الأولى ، أن الأخت أقرب إلى الصغير من الخالة ، فانها بنت الأب ، والخالة بنت الجد ، وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب ، إنما يكون عند اتحاد درجة القرابة ، وليست الأخت لأب والخالة فى درجة واحدة ، حتى تقدم الخالة عليها ، باعتبارها قريبة الأم . أما قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : « الخالة والدة » فلا يقتضى تقديمها على الأخت لأب ، لأن المقصود به فى هذه الحادثة بيان استحقاقها للحضانة دون ابنى العم .

خامساً : أن الخالة مقدمة على بنت الأخت لأب ، فى الرواية الراجحة فى المذهب الحنفى ، للأسباب التى بيناها فى الفقرة السابقة .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٨ ص ٣٢٨ .

سادساً : أن الخالة مقدمة على بنت الأخ ، لأن قرابة الخالة من طريق الأم صاحبة الحق الأول فى الحضانة ، ولأن قرابة بنت الأخ من طريق الأخ الذى لا حق له فى الحضانة مع وجود النساء ، فضعفت قرابة ابنته عن قرابة الخالة .

سابعاً : أن بنت الأخ مقدمة على العمة ، لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، فهى أولى من العمة التى هى بنت الجدين أو أحدهما .

شروط صلاحيه الحضانة :

١٨٣ — يجب أن تتوافر فى الحاضنة صفات معينة ، حتى تكون فى حضانتها منفعة للصغير ، فيشترط أن تتحقق فيها الأوصاف التالية :

أولا : أن تكون بالغة ، لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها ، فلا تصلح لرعاية غيرها .

ثانيـاً : أن تكون عاقلة ، فان المجنونة أو المعتوهة لا تدرى منفعة الصغير ، ولا تقدر على القيام بشئونها ، فلا تصلح لحضانة الصغير .

ثالثـاً : أن تكون صحيحة الجسم ، قادرة على القيام بمتاعب الحضانة ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض أو عاهة أو شيخوخة أو انشغال بحرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير ، لم تكن أهلا للحضانة ، ولو كانت مريضة مرضا معديا كان فى وجود الطفل معها خطر على حياته .

رابعاً : أن تكون أمينة على الطفل وتربيته ، فإن كانت فاجرة فجوراً يضيع بسببه الولد ، كأن تكون محترفة للزنا أو للسرقة ، لم تكن صالحة للحضانة ، لأن الطفل تنطبع فى نفسه صور ما يراه فى محيطه ويحاكيه ، فينشأ على أخلاقها السيئة ، ويكون عامل هدم فى حياته .

خامسا : ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم منه ، بأن تكون غير متزوجة أو تكون متزوجة بأحد أقاربه المحارم ، كأمه المتزوجة بعمه ، وجدته المتزوجة بجده ، فإن كانت متزوجة بأجنبى أو قريب غير محرم كابن عمه ، أو

بمحرم غير قريب كأخيه من الرضاع ، سقط حقها فى الحضانة ، لأن الشأن فى هؤلاء ألا يعطفوا على الطفل عطف قريبه المحرم ، ولأن غير المحرم يعطيه نزراً ، وينظر إليه شزرا ، أى يعطيه قليلا لايكفيه ، وينظر إليه نظرة البغض والقسوة بمؤخر عينيه ، فينشأ فى جو البغضاء والكراهية ، ويمرض بأمراض نفسيه وخلقية متلفة .

هذا ولغير الأحناف فى سقوط الحضانة بزواج الحاضنة أقوال :

أولها : أن الحضانة لا تسقط بالزواج مطلقا .

ثانيها : أن الحضانة تسقط بالزواج ، سواء أكان المحضون ذكراً أم أنثى .

ثالثها : أنها تسقط بزواج الحاضنة إذا كان المحضون ذكراً . ولاتسقط إن كانت المحضونة أنثى .

رابعها : أن الحضانة تسقط بزواج الأجنبى ، ولا تسقط بزواج القريب .

خامساً : سقوط الحضانة بالزواج ولو بالقريب ، إلا أن يكون القريب أصلا للطفل ، فزواج الحاضنة بالجد غير مسقط لحضانتها .

سادسا : ويشترط فى الحاضنة أيضاً ألا تقيم به عند غير أقاربه المحارم . فلو كانت أخته من أمه مقيمة مع أبيها غير المحرم للصغير ، لم تكن أهلا لحضانته ، للأسباب التى بيناها فى الفقرة السابقة .

١٨٤ — أما إسلام الحاضنة فليس شرطاً فى استحقاق الحضانة ، لأن شفقة الأم الطبيعية لايؤثر عليها اختلاف دينها عن دين الصغير ، وتكون أحق بحضانته ، إلا إذا خيف عليه أن يتأثر بحضانتها ، أو أن يتعود تناول المحرمات الإسلامية .

حضانة الرجال :

١٨٥ — وإذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح لحضانة الصغير ، انتقل حق حضانته إلى الرجال من عصبته المحارم . وكان استحقاقهم للحضانة مرتبا ترتيب الأولوية فى الميراث بطريق التعصيب .

فيقدم الأب ، ثم الجد أب الأب وإن علا نسبه ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ من الأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب .

١٨٦ — ويشترط فى الحاضن ما يشترط فى الحاضنة من البلوغ والعقل والقدرة والأمانة ، كما يشترط فيه فوق ذلك أن يتحد دينه مع دين الصغير ، لأن حضانة العصبات مرتبطة باستحقاق الإرث بطريق التعصيب ، واختلاف الدين مانع من موانعه ، فيمنع من استحقاق الحضانة أيضا ، ولأن انتقال الولد إلى الرجال يكون فى أغلب الحالات ، بعد انتهاء مدة حضانة النساء ، وبلوغ الطفل سن التمييز ، وإدراك الأمور الدينية ، فيخشى على الصغير أن يتأثر بدين قريبه العاصب .

١٨٧ — وإذا لم يوجد للطفل من يصلح لحضانته من عصبته المحارم ، انتقل الحق فيها إلى محارمه غير العصبات .

ويكون استحقاقهم لها بحسب درجة القرابة وقوتها . فتكون الحضانة للجد من الأم ، ثم للأخ من الأم . ثم لابن الأخ من الأم ، ثم العم من الأم : ثم للخال الشقيق ، ثم للخال من الاب ، ثم للخال من الام .

ويشترط فيهم صلاحيتهم وقدرتهم على الحضانة أيضا .

١٨٨ — فإذا لم يوجد للصغير والصغيرة إلا أقارب غير محارم ، كأولاد الخال وأولاد الخالة . كان للذكور منهم حضانة الذكور وللاناث حضانة الإناث متى رأى القاضى المصلحة فى ذلك ، ولم يكن للذكور حضانة الاناث ولا للاناث حضانة الذكور ، لأن القرابة غير المحرمية يحل الزواج معها ، فيحتمل أن يترتب على الضم مفسدة .

وإذا لم يكن للصغير قريب مطلقاً ضمه القاضى إلى رجل أو امرأة من أهل الصلاح والقدرة ، ويجرى النظام فى مصر على ضمه الى دار من دور رعاية الأيتام .

قواعد الترجيح عند تعدد المستحقات والمستحقين للحضانة :

١٨٩ — وإذا تعدد من يستحق حضانة الصغير فى درجة واحدة ، كأخوات شقيقات ، أو خالات شقيقات ، أو إخوة أشقاء ، قدم أصلحهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته ، فان تساوو اضمه القضاء إلى أحدهم .

مدة الحضانة :

١٩٠ — المعول عليه فى المذهب الحنفى أن حضانة الصغير تنتهى باستغنائه عن خدمة النساء ، وقدرته على القيام بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة ، وأن حضانة الصغيرة تنتهى ببلوغها حد الشهوة وسن الأنوثة . ولم تحدد لذلك سن معينة عند المتقدمين من فقهاء المذهب الحنفى ، ثم جاء المتأخرون منهم فقدروا سنا معينة لانتهاء حضانة الصغير أو الصغيرة ، اجتهادا منهم ، واستنادا إلى أحوال زمانهم وأولادهم ، وقد قدرها الفقيه الحنفى الخصاف بسبع سنوات للصغير ، وتسع سنوات للصغيرة ، وكان التطبيق القضائى يجرى على ذلك قديما فى مصر ، وقدرها غيره بتسع سنوات للصغير ، وإحدى عشرة سنة للصغيرة .

١٩١ — وقد رأى المشرع المصرى أن السن التى قدرها الخصاف دلت التجارب على أنها قد لا يستغنى فيها الصغير أو الصغيرة عن الحضانة ، وأنهما يكونان فى خطر من ضمهما إلى غير النساء ، خصوصا إذا كان والدهما متزوجا بغير أمهما . وأن المصلحة تدعو إلى أن يترك للقاضى حرية النظر فى مد مدة حضانة الصغير بعد بلوغه سن السابعة إلى التاسعة ، ومد حضانة الصغيرة بعد بلوغها سن التاسعة ، إلى سن الحادية عشرة ، بحسب ما يرى أنه يحقق مصلحة الصغير أو الصغيرة .

١٩٢ — ولا يزال أمر تحديد السن التى تنتهى عندها الحضانة محل نظر ودراسة من رجال التشريع والاجتماع ، ولما لم يكن فى ذلك كتاب ولا سنة قاطعة ، وكان المدار فى الحضانة على نفع المحضون ، كانت السن التى يراها رجال الاصلاح الاجتماعى الدينى كافية لاستغناء الصغير أو الصغيرة عن خدمة النساء ، وحاجته

إلى رعاية الرجال أمرا واجب القبول . وفى الفقه الإسلامى متسع لكل فكرة إصلاحية . فالمذهب المالكى يمد حضانة النساء للغلام إلى أن يبلغ ، وحضانة الأنثى إلى أن تتزوج ويدخل بها ، وقد تركت بعض البلاد الاسلامية للقاضى حرية العمل بمذهب الإمام مالك إذا ما وجد مصلحة الغلام أو الفتاة فى العمل به .

وبعض الفقهاء ـ ومنهم الامام الشافعى ـ يخيرون الصغير إذا بلغ سن التمييز والإدراك بين الإقامة مع أمه أو مع أبيه ، استدلالا بما روى من أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ خير غلاما بين أبيه وأمه ، كما خير بنتا بين أبيها وأمها ، وأن عمر وعليا سارا على ذلك .

ولكن يلاحظ أن هذه الآثار لم يعمل بها باقى الفقهاء لما فى صحتها من مقال ، كما أن الصغير قد يأنس إلى أمه لشدة شفقتها عليه ، وتسامحها معه تسامحا ضارا بمستقبله ، وقد يكون الأمر بالعكس . وقد روى ابن القيم عن ابن تيمية فى هذا أن أبوين تنازعا صبيا عند الحاكم ، فخيره بينهما ، فاختار أباه ، فقالت أمه : سله لأى شىء يختاره ، فسأله ، فقال الصبى : أمى تبعثنى كل يوم للكاتب والفقيه ، وهما يضربانى ، وأبى يتركنى ألعب مع الصبيان ، فقضى به للأم .

وإذا كانت التربية السليمة ، والمصلحة الكاملة ، فى وجود الطفل بين أبويه غير المتنازعين ، فانه إذا قامت عوامل النزاع بينهما حائلا دون تحقيق ذلك ، فالأولى والأوفق أن تطول مدة الحضانة أو تقصر ، بما يحقق له النفع والخير ، وذلك يختلف باختلاف الظروف والأحوال ، ويمكن للقضاء البحث عن ذلك والتحقق منه .

انتقال الحاضنة بالمحضون :

١٩٣ — إذا كانت الحاضنة غير الأم كالجدة والأخت ، فليس لها أن تنتقل بالولد ذكرا كان أو أنثى من البلد الذى يقيم فيه الأب ، حتى يمكن له رؤيته

ورعايته ورقابته إلا أن يأذن لها فى ذلك . فان كانت الحاضنة هى الأم ، وجب عليها أيضا أن تقيم فى مكان إقامة الأب ، إذا كانت لا تزال زوجة له ، أو كانت معتدة من طلاقه ، لأن بقاءها حينئذ من مقتضيات الزوجية أو الاعتداد .

فإذا انتهت عدتها وأصبحت أجنبية عن الزوج ، جاز لها الانتقال بالصغير من غير إذن الأب ، إذا كانت تنتقل إلى بلدها الأصلى الذى تم زواجها فيه ، سواء أكانت قرية أم مدينة ، وسواء أكانت قريبة أم بعيدة ، لأن فى إقامتها ومعها الصغير فى بلدها وبين أهلها مصلحة لها وللصغير ، وزواج الأب بها فى هذا المكان يدل على رضائه بالإقامة فيها ، فاذا أرادت الانتقال من بلد الأب إلى بلد آخر ليس بلدها ولم يتزوجها فيه ، أو إلى بلد ليس بلدها وإن كان قد تزوجها فيه ، أو إلى بلدها الذى لم يتزوجها فيه ، لم يجز لها الانتقال بالصغير إلا باذنه فى هذه الأحوال ، لفقدان الاعتبارات التى بيناها فى الحالة الأولى .

ويستثنى من ذلك أن يكـــون البلد الذى تنتقل إليه مدينة قريبة من بلد الأب ، بحيث يستطيع أن يرى ابنه ويعود فى نهاره ، فلو كانت تنتقل إلى قرية لم يجز لها الانتقال إليها ، ولو كانت قريبة ، لما فى ذلك من ضياع الولد فيها ، حيث لا تتيسر فيها وسائل الحياة الموجودة فى المدينة ، إلا أن يكون الأب نفسه يقيم فى قرية أيضا ، فانه يجوز لها الانتقال حينئذ .

فان كان البلد الذى تريد الاقامة فيه بعيدا ، لم يجز لها الانتقال إليه ولو كان من المدن ، لما فى ذلك من إضرار بالأب ، لبعد ابنه عنه ، وإضرار بالولد لفقده رعاية أبيه ورقابته .

١٩٤ — وليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده ، بل يجب عليها أن تمكنه من ذلك ، وليس للأب أيضا أن يمنع الأم من رؤية ولدها ، إذا انتهت مدة حضانتها ، بل يجب عليهما أن يتعاونا فى ذلك ، وأن يقصرا اختلافهما على

أشخاصهما ، وألا يتخذا من الولد وسيلة للكيد والنكاية . والله سبحانه وتعالى يقول : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده[1] » .

الحضانه بين الحق والواجب :

١٩٥ — الصحيح فى مذهب الحنفية أن الحضانة حق للحاضنة . وحق للصغير . وأن حق الصغير فيها أقوى وأجدر بالاعتبار .

وقد انبنى على كونها حقا للصغير بعض الأحكام الفقهية :

١ — أن الحاضنة لو فارقت زوجها فى نظير ترك حقها فى حضانة ولدها وإبقائه عند أبيه ، كان الفراق بينهما صحيحا ، ولكن لا يترتب عليه بقاء الولد عند أبيه . لأنها إذا كانت تملك إسقاط حقها فى الحضانة ، فانها لا تملك إسقاط حق الصغير فيها .

٢ — ولو صالحت زوجها على إسقاط حقها فى الحضانة مقابل عوض ، كان هذا صلحا باطلا ، لأنها لا تملك إسقاط حق غيرها وهو الصغير فى حضانتها .

٣ — وإذا تعينت الحاضنة للحضانة أجبرت عليها إذا امتنعت منها ، مراعاة الصغير ومصلحته .

١٩٦ — ويترتب على كونها حقا للحاضنة أحكام أخرى :

فلا يجوز للأب أن ينزع الصغير من صاحبة الحق فى حضانته بغير مسوغ شرعى ويعطيه لحاضنة أخرى تتأخر عنها فى مراتب استحقاق الحضانة ، محافظة على حقها فى حضانته .

ولا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت منها . ووجدت حاضنة أخرى غيرها ، لأن لها إسقاط حقها فى الحضانة ، ما دام لا يفوت حق الصغير فيها بوجود غيرها .

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

ويجب على المرضعة المتبرعة أو المستأجرة أن تقوم بإرضاع الطفل على وجه لا يفوت حق الحاضنة فى الحضانة .

استحقاق الاجر على الحضانه :

١٩٧ — لا تستحق الأم أجرا على حضانتها ، ما دامت زوجة لأب الصغير ، أو معتدة له من طلاق رجعى ، بلا خلاف فى المذهب الحنفى . فان كانت معتدة من طلاق بائن ، لم تستحق الأجـــر أيضا فى رواية فى هذا المذهب سار عليها التطبيق القضائى فى مصر ، لأنها تستحق نفقة على الاب ، فلا يجب لها أجر على حضانة ولده .

فاذا كانت الأم لا تستحق نفقة على الأب لانتهاء عدتها ،أو لمنعها من المطالبة بالنفقة لمضى سنة على اعتدادها ، استحقت أجرا على الحضانة .

١٩٨ — أما إذا كانت الحاضنه ليست أما ، فانها تستحق الأجر على الحضانة إلا إذا تبرعت بها .

١٩٩ — وأجرة الحضانة تستحق من وقت القيام بها ، دون توقف على قضاء القاضى بها . وتكون دينا للحاضنة لا يسقط إلا بأدائه إليها أو إبرائه منه .

٢٠٠ — وتجب الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير ، لأنها كأجرة الرضاع بعض نفقته .

التبرع بالحضانة :

٢٠١ — إذا طلبت الأم حضانة ولدها ، ولم تطلب أجرا على الحضانة ، كانت أولى به من غيرها ، ولم يسلم إلى حاضنة أخرى ، فانها صاحبة الحق الأقوى فى الحضانة ، ومصلحة الصغير تتحقق على الوجه الكامل فى وجوده معها .

٢٠٢ — وإذا طلبت الأم حضانة الولد ، وأرادت أخذ أجر عليها فى

الحالات التى يكون لها الحق فى الأجر ، ووجدت حاضنة أخرى من محارمه ، تتبرع بحضانته ولا تطلب عليها أجرا ، كانت الأم أولى به مع أخذ الأجر ، إذا كان الأب موسرا ، مراعاة لمصلحة الصغير فى وجوده عند أمه ، وعدم الضرر على الأب ليساره وقدرته على الدفع .

فلو كان الأب معسرا ، سلم الولد إلى تلك الحاضنة المتبرعة ، فان الأب غير موسر ، وفى إلزامه بالأجر للأم ـ مع وجود الحاضنة المتبرعة ـ ضرر به ، يمكن دفعه بتسليمه للمتبرعة .

الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاعة :

٢٠٢ — ويتبين لنا من مقارنة أحكام التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع ان هناك فرقا بينهما من وجهين :

الوجه الاول : أن المتبرعة بالحضانة يشترط فيها أن تكون من أقارب الصغير قرابة محرمية يحرم الزواج معها ، وذلك كأن تتبرع بالحضانة جدته أو خالته أو عمته ، فلو كانت المتبرعة بالحضانة أجنبية عن الصغير ، أو كانت قريبة قرابة غير محرمية يمكن الزواج معها ، كبنت العم وبنت الخال وبنت الخالة ، لم يسلم إليها الصغير لتحضنه ، بل تقوم الأم بحضانته ، وتأخذ أجر المثل لحضانتها ، ولو كان الأجر مستحقا فى مال الصغير .

أما المتبرعة بالرضاع فلا يشترط فيها قرابة ولا محرمية حتى يسلم إليها الصغير لإرضاعه . وهذا التفريق بين الصورتين مبنى على أن غير القريبة المحرم ليست أهلا للحضانة ، فلا يفيد تبرعها بالحضانة وهى تفقد أهليتها ، بعكس الرضاعة ، فان المرأة غير المحرم أهل لها قادرة عليها ، فلا يشترط فيها ذلك .

الوجه الثانى : أن الصغير لا ينزع من أمه التى تطلب الأجر على حضانته إذا وجدت من تتبرع بحضانته إلا فى الحالتين السابقتين : حالة اعسار الأب . وحالة

وجوب أجر الحضانة فى مال الصغير ، بخلاف حالة الرضاعة ، فإن الصغير يسلم إلى المتبرعة بإرضاعه ولو كانت الأجرة واجبـــة فى مال الأب ، وكان الأب موسراً .

والفرق بين الحضانة والرضاعة فى هذا أن الغرض من الارضاع تغذية الطفل باللبن الذى يناسبه ، وهى متحققة برضاعه من أى مرضعة مناسبة ، فليس هناك وجه لالزام الأب بأجرة الرضاع ، مع وجود تلك المتبرعة .

أما الحضانة فان المقصود منها تربيـة الطفل والعناية به ورعايته وخدمتـه ، ولا تتحقق تلك الأغراض على الوجه الأكمل إلا من الأم ، التى تتحمل المتاعب فى سبيل ذلك بصـدر رحب ، ولهذا كان حق الحضانة للأم أولا ثم لمن تليها عطفاً وحناناً من المحارم ، فلا يعدل عنها إلا لعذر قوى كاعسار الأب ، أو مصلحة ظاهرة كالمحافظة على مال الصغير .

أجرة الحضانة عند فقر الأب :

٢٠٣ — إذا لم توجد من تتبرع بالحضانة ، وأبت الأم أن تحضن ابنها مجانا ، وكان الولد فقيراً أو كان الأب فقيراً قادراً على الـكسب إلا أنه لا يكسب فعلا ، وجبت الأجرة على الأب ، وأمر بأدائها عنه من تجب عليـــه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ، ويرجع بها على الأب إذا تغيرت حالته المالية إلى يسار .

فان كان الأب مع فقره قـــد عجز عن الـكسب ، اعتبر غير موجود ، وفرضت الأجرة ابتـداء على من تجب عليـه النفقة بعد الأب ، وأمر بأدائها إلى الحاضنة .

أجرة مسكن الحاضنة :

٢٠٤ — لا تستحق الحاضنة أجراً لمسكن الحضانة الذى تقوم فيه بحضانة الولد ، إذا كان هذا المسكن ملكا لها ، أو كانت تقيم فى مسكن زوجها قريب الصغير قرابة محرمية ، فان الصغير يقيم تبعاً لها ، ولم تتكلف لذلك أجرا .

وفى غير ذلك تستحق أجراً للمسكن الذى تحضن فيه الصغير ، لأنها تلتزم بأجر تدفعه لصاحب المسكن ، حتى لا تسقط حضانتها بسكناها مع أجنبى عن الصغير أو قريب له قرابة غير محرمية .

أجرة الخدمة :

٢٠٥ — قد تحتاج الحاضنة إلى استئجار خادم يقوم بالخدمة المنزلية ، ويعاونها فى خدمة الصغير ، فتستحق أجرة لهذا الخادم ، إذا كان الأب موسراً تخدم أولاده ،

الصغير بعد انتهاء الحضانة :

٢٠٦ — بعد انتهاء مدة حضانة النساء للصغير ، يسلم إلى الأب ، سواء أكان الولد ذكراً أم كان أنثى ، فان لم يوجد الأب ، أو كان الأب غير أهل لضم الطفل، كان حق ضم الولد للأقرب فالأقرب من العصبات، على الترتيب السابق فى استحقاق الرجل للحضانة ، بشرط أن يكون العاصب محرما للأنثى ، فلا تسلم البنت إلى ابن عمها ، لكونه غير محرم لها ، وفى وجودها معه خطر عليها ! وأما الغلام فانه يضم إلى قريبه العاصب ولو كان من غير محارمه ! إذ لا خوف من ذلك ولا ضرر .

وتسليم الأولاد بعد انتهاء مدة حضانة النساء إلى أقاربهم من الرجال يحقق مصلحتهم فى هذه المرحلة ، لحاجة الذكور إلى التخلق بأخلاق الرجال وإلى التعليم والتربية والتدريب على شئون الحياة ، ولحاجة الإناث فى هذه

الفترة إلى الحفظ والصيانة والتربية والحزم ، والرجال على كل ذلك أقدر .

ويبقى الغلام فى يد من له حق إمساكه حتى يبلغ مأمونا على نفسه ، فاذا بلغ كذلك ، كان له حرية الاقامة مع من يشاء ، أو الانفراد وحده ، أما إذا بلغ غير مأمون على نفسه ، فان إمساكه يستمر حتى يصير مأمونا .

وتبقى البنت فى يد من ضمت إليه حتى تتزوج ، أو حتى تتقدم بها السن وتصير لها دراية وحكمة ، وتصبح مأمونة على نفسها ، فتكون حرة فى مكان إقامتها .

وإذا طلقت المتزوجة أو توفى زوجها عنها ، كانت أحق بنفسها أيضا ، فلها الإقامة وحدها ، ما دامت مصونة مأمونة .

نفقة الأولاد والأقارب

تحديد القرابة الموجبة للانفاق :

٢٠٧ — ذهب الفقهاء إلى أن القرابة موجبة للانفاق على القريب المحتاج ، ولكنهم اختلفوا فى تحديد هذه القرابة الموجبة للانفاق فى محيط الأسرة . على أقوال أربعة يتبين منها متى تجب النفقة للأولاد أو عليهم . ونبين هذه الآراء فيما يلى :

أولا : أن النفقة تجب على الولد ، لأبويه المباشرين ، وهما الأب والأم ، كما تجب النفقة على الأب لولده المباشر .

وفيما عدا ذلك ، فان النفقة لا تجب لقريب على قريب . فالجد والجدة . وابن الابن ، والأخ ، والعم ، لا تجب نفقتهم على أحد من أقاربهم .

وهذا مذهب الإمام مالك ، وهو أضيق المذاهب فى تحديد القرابة التى توجب الإنفاق . وقد استدل لذلك بقول الله تعالى: « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا »[١] وقوله تعالى : « وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما . وصاحبهما فى الدنيا معروفا »[٢] وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (أنت ومالك لابيك) ، وهى نصوص دالة على وجوب نفقة الوالدين فقط . كذلك يقول الله تعالى : «وعلى المولودله رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[٣] ويقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — لهند زوج أبى سفيان: (خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ...) عندما اشتكت اليه بخل زوجها فى النفقة عليها وعلى أولادها . مما يدل على وجوب نفقة الولد المباشر على

---

(١) الآية ٢٣ من سورة الإسراء
(٢) الآية ١٥ من سورة لقمان .
(٣) الآية ٢٢٣ من سورة البقرة .

الآب ، وليس غـير هؤلاء من الاقارب فى قـوة الأبوين والأولاد المباشرين ، حتى يقاسوا عليهم فى ذلك ، فوجب الاقتصار على ما وردت به النصوص .

ثانيا : أن النفقة تجب على الأصول لفروعهم وعلى الفروع لأصولهم ، من غير وقوف عند درجة معينة ، وبذلك تتسع دائرة القرابة المنفقة قليلا ، فتشمل الأجداد وان علا نسبهم ، وأولاد الأولاد وان بعدت درجتهم .

وهذا مذهب الإمام الشافعى الذى استدل بما استدل به الإمام مالك ، غير أنه توسع فى معنى الولد ، فجعله شاملا لجميع الأصول ، وفى معنى الولد ، فجعله شاملا لجميع الفـروع ، فإن الأصول آباء ، والفروع أولاد ، فـكانت النصوص تشملهم .

ثالثاً . أن النفقة تجب فى محيط القرابة المحرمية ، فتجب نفقة القريب ذى الرحم المحرم على قريبه ، وبذلك تـكبر الدائرة التى تجب فى حدودها النفقة ، دون أن تشمل جميع القرابات ، فتجب نفقة الأصـول على الفروع ، ونفقة الفروع على الأصـول ، كما تجب النفقة على باقى الأقارب المحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات .

ولا تجب نفقة القريب غير المحرم على قريبه، فلا تجب نفقة ابن العم على ابن عمه مثلا ، وهذا هو المذهب الحنفى المعمول به فى مصر .

وقـد استدل لهذا المذهب بقول الله تعالى : « وبالوالدين احسانا وبذى القربى »[1] وقوله تعالى : « أو لم يروا أن الله يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر ، إن فى ذلك الآيات لقـوم يؤمنون ، فآت ذا القربى حقه »[2] ورأى فقهاؤه أن ذا القربى الذى تجب له النفقة هو القريب قرابة محرميـة ، فان قرابتـه قرابة

---

(١) الآية ٢٦ من سورة النساء

(٢) الآية ٣٧ - ٣٨ من سورة الروم

قوية ، حتى كانت سببا لصيانتها وتحريم الزواج عند وجودها ، إذا اختلف القريبان ذكورة وأنوثة ، فيقتصر عليها ، ولا تتجاوز إلى القرابة التى تقل عنها قوة ، وهى القرابة غير المحرمية .

رابعا : أن النفقة تجب على كل قريب يرث قريبه إذا مات غنيا ، وبذلك تتسع الدائرة اتساعا يعم القرابة كلها .

فتجب نفقة الاقارب المحتاجين على أقاربهم الموسرين ، ولو لم يكونوا من قاربهم المحارم ، فتشمل ما لا يشمله المذهب الحنفى ، وتجب نفقة ابن العم على ابن عمه ، فهو وارث له وإن كان قريباً غير محرم .

وهذا مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، الذى استدل بقوله تعالى :

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لاتكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك »(١) حيث أوجبت الآية على الوارثين مثل ما يجب على الآب من النفقة ، دون أن تقيد الوجوب بقيد القرابة المحرمية ، لأن بين الوارثين من القرابه والولاء والترابط ، ماجعل القريب أحق بتركه المورث من غيره ، فكان من المعقول أن تكون النفقة فى هذه الحالة على من يرث الفقير المحتاج لو ترك مالا ، معادلة للحقوق والواجبات ، ومقابلة لغنم الميراث بغرم النفقة ، ولما كان الميراث فى حال الموت هو أساس الانفاق حال الحياة ، لم تجب نفقة القريب الفقير على قريبه الغنى إذا اختلف معه ديناً ، حتى لو كان القريب الفقير أصلا أو فرعا ، لأنه لا توارث بينهما ، لوجود مانع من موانع الإرث ، وهو اختلاف الدين .

وعلى هذا لايجب نفقة أب مسلم على ابن غير مسلم ، ولا نفقة أب غير مسلم على ابن مسلم ، لاختلاف الدين بينهما .

٢٠٨ — والمذهب الحنبلى معمول به فى بعض البلاد الاسلامية التى تستمد

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

أحكامها منه ، وقد دعا علماء الشريعة إلى العمل به فى مصر ، وتتجه مشروعات القوانين إلى الأخذ به فيما عدا نفقة الفروع على الأصول ، والأصول على الفروع ، وهو ما اقترحته حلقة الدراسات الاجتماعية التى انعقدت فى دمشق سنة ١٩٥٢ .

وذلك أن الأخذ برأى هذا المذهب ، يؤدى إلى اتساع دائرة التكافل الاجتماعى بين أفراد الأسرة ، وهو أمر يتفق مع الأسس التى تقوم عليها الشريعة الإسلامية ، ويزيل الشذوذ الموجود فى بعض الحالات عند تطبيق المذهب الحنفى. ومن ذلك إيجابه نفقة القريب على الخال دون ابن العم إذا كان لهذا القريب خال وابن عم ، تطبيقاً لقاعدة المحرمية التى تخرج ابن العم ، من دائرة وجوب النفقة ، مع أن هذا القريب الفقير لو اغتنى ومات عن مال، ورثه ابن عمه العاصب دون خاله الذى يعتبر من ذوى الأرحام المؤخرين فى الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات ، غير أن تطبيقه تطبيقاً كاملا يؤدى إلى عدم وجوب النفقة للأصول على الفروع ، وعدم وجوب النفقة للفروع على الأصول عند اختلاف الدين ، بينما يوجب المذهب الحنفى النفقة فى هذه الحالة ولو مع اختلاف الدين ، فكان العمل بالمذهب الحنفى فى قرابة الأصول وقرابة الفروع أولى وأوفق ، فإن الإسلام يدعو إلى التسامح الدينى الكريم ، وإلى احترام الروابط الإنسانية المجردة ، ويشهد لذلك قول الله تعالى فى شأن الوالدين عند اختلاف الدين : « وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا(١) » ومن المعروف وحسن الصحبة الانفاق عليهما عند الحاجة .

٢٠٩ — تلك هى المذاهب الفقهية المشهورة فى نفقة الأولاد والأقارب .وقد نسب إلى الشعبى أنه قال : (ما رأيت أحداً أجبر أحداً على أحد) ، وقد فهم

---

(١) الآية ١٥ من سورة لقمان

منه أن الشعبي لا يرى جبر الناس قضائياً على الإنفاق ، وأن النفقة تكون من باب البر والصلة ، ولا إجبار فيها .

وإذا صحت نسبة هذا القول إلى الشعبي ، فليس قاطعاً فى هذا المعنى ، بل قد يكون المقصود منه أن الناس كانوا فى زمانه من التقوى والطاعة والتجاوب مع الأحكام الشرعية والإحساس بمعانى التكافل الاجتماعى ، بحيث يسارعون إلى الانفاق دون حاجة إلى تقاض وتنفيذ .

شروط وجوب النفقة :

٢١٠ — يشترط لوجوب النفقة، تحقق الأمور التالية :

أولا : وجود القرابة المحرمية ، وقد بيناها وبينا الملاحظات عليها .

ثانياً : حاجة القريب طالب النفقة ، فاذا وجد القريب ما يكفى نفقته الاساسية ، لم يكن محتاجاً ، ولم تجب له نفقة ، لأن النفقة تجب للمحافظة على حياته ودفع الهلاك عنه ، وذلك متحقق بما يجد من نفقة فى ماله .

وبناء على ذلك تجب نفقة الولد الصغير فى ماله الخاص ، إذا كان له مال ، ولم تجب نفقته على أبيه ، فهو غنى بماله .

غير أنه إذا أنفق الأب على الولد من المال الخاص بالأب ، بغير أمر من القاضى ، وبدون إشهاد على أنه ينفق من ماله الخاص ليرجع على الولد ، لم يكن له حق الرجوع فى مال الولد بعد ذلك ، لأن عرف الناس قد جرى على أن الآباء ينفقون على أولادهم من أموالهم ولو كان للأولاد مال ، استجابة لحبهم لأولادهم ، وحرصهم على أموالهم الخاصة وتنميتها لهم ، فكانت هذه النفقة من مال الأب دون رجوع فى مال الولد ، تحكيما لهذا العرف الذى تحتكم إليه الشريعة ، وتجعل له اعتباراً وتقديراً فى مثل هذه الأحوال .

أما إذا كانت النفقة قد قام بها الأب بأمر من القاضى أو مع إشهاد على أنه

سيرجع بها فى مال الولد ، فان النفقة تكون من مال الولد ، ويرجع بها الأب عليه ، ولا مجال للاحتجاج بالعرف الذى يرجع إليه إذا لم توجد أدلة أخرى تخالفه ،وقد قام أمر القاضى بالانفاق أو إشهادالأب على الرجوعدليلا على أن الانفاق لا يجرى مجرى هذا العرف .

ثالثاً : عجز القريب المحتاج عن الكسب ، فيما عدا نفقة الأصول الواجبة على فروعهم ، فاذا كان القريب قادراً على الكسب كان مستغنياً بكسبه ، ولم يكن محتاجاً إلى النفقة من غيره ،ووجب عليه أن يعمل لسدحاجته،ويسهم ، فى سد مطالبه ومطالب المجتمع . وقد دعا الإسلام إلى العمل ورفع من قدره ،وفى ذلك يقول الله تعالى : « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا ، فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه »(١) و يقول : « وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها ، وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون »(٢) ويقول : « وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً »(٣) أى وقتاً لاكتساب أسباب العيش والحياة ، كما يقول سبحانه : « وهو الذى جعل لكم الليل لباساً والنوم سباتا وجعل النهار نشوراً »(٤) ينتشر فيه العباد لابتغاء الأرزاق والخيرات ، كما يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : (الساعى على الأرملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله أو القائم الليل الصائم النهار) .

وفرص العمل موجودة فى كل مكان وزمان ، ولا توجد فى المجتمع الإسلامى، أزمة تعطل وبطالة ، فان فى خيرات الأرض الظاهرة والباطنة ما يسع الناس جميعا ، عملا ورزقا .

---

(١) الآيه ١٥ : من سورة الملك .
(٢) الآية ١٤ : من سورة النحل .
(٣) الآيتان ١٠ ، ١١ : من سورة النبأ .
(٤) الآية ٤٧ : من سورة الفرقان .

وقد قال الله سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم : « وما من دابة فى الأرض إلا على الله رزقها »(١) ولكنه الكسل فى بعض الأحيان ، والأنانية فى الأخرى ، ثم التعالى والترفع عن الأعمال اليدوية ، وهو ليس من خلق الإسلام ، الذى اعتبر الأعمال اليدوية أفضل أنواع الكسب ، سئل رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أى الكسب أفضل ، فقال : « بيع مبرور وعمل الرجل بيده » ويقول عليه الصلاة والسلام : « ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من عمل يده ، وإن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده » فكان يشتغل بصناعة الدروع ، وفى ذلك يقول سبحانه : « وعلمناه صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم »(٢) .

ثم يقرر الرسول -عليه الصلاة والسلام- أن العمل اليدوى خير من سؤال الناس ، فيقول : « لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتى بحزمة حطب على ظهره فيبيعها ، فيكف الله بها وجهه ، خير من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه » فإذا سدت أبواب العمل فى بعض الأحيان سداً مؤقتا أمام الراغبين فى العمل والقادرين عليه ، بسبب التطورات الاقتصادية والصناعية ، وظهور المخترعات الحديثة ، وحدثت البطالة بين القادرين دون إهمال ولا تقصير ولا انحراف ، كان هذا عجزاً واقعياً موجباً للنفقة .

أما إذا كان الفقير عاجزاً عن العمل لصغره أو لمرضه مرضاً مزمناً ، أو لخرقه وعدم إدراكه ، فلا يقدر على عمل ولا يحسن صنعة ، فانه تجب له النفقة سداً لحاجته ودفعاً لهلاكه . وإن الأنوثة أيضاً تعتبر سبباً من أسباب العجز عن العمل صيانة لها ، فتجب للمرأة النفقة إلا إذا كانت تزاول العمل فعلا .

كذلك يعتبر الاشتغال بطلب العلم عجزاً عن الكسب . فتجب لطالب العلم المحتاج النفقة فى هذه الحالة ، حتى يتفرغ لبناء نفسه وتزويد عقله بالعلوم

---

(١) الآية ٦ : من سورة هود .
(٢) الآية ٨٠ : من سورة الأنبياء .

والمعارف التى تعود على المجتمع بالخير والبركة . بشرط أن يكون ناجحا فى طلب العلم ، غير غبى ولا مهمل . فان لم تساعده مواهبه وقدرته على الانخراط فى موكب العلماء . فمن الخير له وللمجتمع أن يختصر الطريق ، ويتجه إلى عمل يحسنه ويعيش منه ، ولا يعيش عالة على غيره .

وقد استثنى الأصول من هـذا الشرط . فوجبت لهم النفقة على فروعهم ولو كانوا قادرين على الكسب ، لأنه ليس من بر الأب أو الجد والإحسان إليـه أن يطلب منه العمل ليسد حاجته ، وله من ذريته من يقدر عليـه . وقد أمر الله سبحانه وتعالى برهما والإحسان إليهما فى قوله : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ، إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما . واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا »(١) .

ثم أكد الرسول — صلى الله عليـه وسلم — هـذا المعنى — بقوله : (أنت ومالك لأبيك) ، فكان كسب الفرع وماله كسبا لأصله ومالا له . ونفقة الإنسان تكون فى ماله .

على أن الآباء والأجداد يكونون قد أدركوا السن التى يكون من مصلحة المجتمع فيها ، أن يفسحوا الطريق لأبنائهم حتى يعملوا وينفقوا على آبائهم .

رابعاً : يسار من تجب عليه النفقة فيما عدا النفقه لأحد الأبوين على الولد والنفقة الواجبة للولد على الأب .

وقد قدر أبو يوسف هـذا اليسار بملك النصاب الذى تجب بمقتضاه الزكاة . وذلك أن النفقة من باب الصـلة والبر . والصلات كالصدقات إنمـا تجب على الموسرين القادرين عليها ، فيكون الأساس فى تقديرهما واحداً .

---

(١) الآيتان ٢٣ - ٢٤ : من سورة الإسراء .

ولكن محمد بن الحسن قد جعل معيار اليسار أن يكون للإنسان كسب دائم يكفى حاجته . ويزيد عليها ، فتجب النفقة فى هذه الزيادة ولو لم تبلغ نصاب الزكاة، سداً لحاجة القريب ومنعاً لهلاكه . ولم ير قياس النفقة على الزكاة كما ذهب أبو يوسف . نظراً لتغاير الحقين واختلافهما اختلافاً يمنع القياس ، حيث تجب الزكاة حقاً لله تعالى وتجب النفقة حقاً لعباده .

وقد جرى التطبيق القضائى فى مصر على رأى محمد ، لسهولته ورفقه ، ولأنه يندر وجود من يكون مكتسباً ولا يقتصد ما يبلغ نصاب الزكاة .

أما نفقة الولد على الأب ، ونفقة أحد الأبوين على الولد ، فلا يشترط فى وجوبها هذا اليسار . وإنما تشترط القدرة على الكسب فقط . وعلى هذا كانت نفقة الولد واجبة على أبيه ولو كان معسراً ، لأنه جزء منه ومنسوب إليه . ويؤمر من تجب عليه النفقة بعد الأب ، كالأم والجد والأخ ، بأداء النفقة عند إعسار الأب ، على أن تكون النفقة ديناً على الأب يرجع بها عليه عند الميسرة .

وعلى هذا أيضاً كانت نفقة الأبوين واجبة أيضاً ولو كان الابن معسراً لا يكسب إلا ما يكفيه ويكفى أولاده إن كان له أولاد . ويجب عليه أن يضمهما إلى مائدته . وطعام الواحد يكفى الاثنين . وفى الحديث : (من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث . وإن أربع فخامس وسادس) . كما قال عمر بن الخطاب : « لو أصابت الناس السنة — أى المجاعة — لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم ، فإن الناس لا يهلكون على أنصاف بطونهم » .

وإن نفقة الولد أو الأبوين لا تسقط إلا عند عجز الأب أو الابن عجزاً تاماً ، فتكون النفقة حينئذ على من يليهما ، إذ لا يمكن فرض النفقة على شخص عاجز تجب نفقته على غيره ، فيعتبر الأب أو الابن معدوماً .

خامساً : اتحاد الدين بين القريبين ، فى غير نفقة الأصول والفروع ، فلا تجب

نفقة أخ مسلم على أخ غير مسلم ، لأنهما مختلفان دينا . واختلاف الدين مانع من موانع الإرث بينهما ، فيمنع من وجوب النفقة أيضاً . فان الأساس فى نفقة حواشى القرابة تحقق القرابة المحرمية ، واستحقاق الميراث بخلاف نفقة أقارب الولادة من الأصول والفروع ، فان أساسها ارتباط الفرع بأصله ارتباط الجزء بالكل ، فكانا فى حكم شخص واحد ، فلا اعتبار لاختلاف الدين حينئذ . فإذا كان الشخص غير مسلم ولدان أحدهما مسلم وثانيهما غير مسلم ، وجبت نفقته عليهما مناصفة ، بصرف النظر عن اختلاف الدين وامتناع الميراث بين المسلم وغير المسلم .

تعدد من تجب عليهم النفقة :

٢١١ — إذا كان للشخص المحتاج قريب واحد تجب عليه نفقته كان الأمر واضحاً ، لتعين وجوب النفقة على هذا القريب الذى لا يوجد غيره .

٢١٢ — فإن كان له أقارب متعددون قد اتحدوا فى درجتهم ثم فى قوة قرابتهم . وجبت عليهم النفقة بالسوية ، دون اعتبار لدرجة اليسار ، إذا كانوا متقاربين فيه ، فإن تفاوتوا فيه تفاوتاً كبيراً وجبت النفقة بالسوية أيضاً ، فى رأى بعض الفقهاء . ووجب مراعاة مقدار اليسار فى تقسيم النفقة بينهم فى رأى الآخرين ، وهذا أقرب إلى العدالة .

فإذا كان لشخص ابنان لا يملك أحدهما الا مقدار النصاب ، ويملك الثانى ثروة كبيرة ، روعى فى توزيع النفقة بينهما زيادة نصيب الثانى فى مقدار النفقة .

٢١٣ — وإذا كان للقريب المحتاج أقارب متعددون قد اختلفوا فى نوع القرابة ، فكان بعضهم من جهة البنوة ، وبعضهم من جهة الأبوة ، وبعضهم من جهة من الأخوة ، وبعضهم من جهة العمومة ، أو اختلفوا فى درجتها كأن يكون أحدهم ابنا والثانى ابن ابن وهكذا ، أو يكون أحدهم أخا والثانى ابن أخ وهكذا ،

أو اختلفوا فى قوة القرابة فكان بعضهم قريباً شقيقاً ، وبعضهم قريباً من جهة الآب ، وبعضهم قريبا من جهة الأم . فإن لذلك سبع صور أوردها الفقيه الحنفى ابن عابدين . وسار عليها التطبيق القضائى فى مصر ، مع مايؤخذ عليها من ملاحظات ومفارقات تدعو إلى العدول عنها .

وتوضيح هـذه الصور : أن الفقير إما أن تكون قرابته أصولا فقط ، أو فروعاً فقط ، أو حواشى فقط ، أو أصولا وفروعاً ، أو أصولا وحواشى ، أو فروعاً وحواشى ، أو أصولا وفروعاً وحواشى

(١) قرابة الأصول :

فى هذه الحالة اذا كان الآب موجوداً وقادراً على الكسب وجبت عليه وحده نفقة ولده ، لا يشاركه فيها أحد مطلقا ، حتى الأم . فإذا كان الآب لا يكسب فعلا مع قدرته على الكسب ، أو يكسب كسباً لا يكفى للانفاق على الولد ، فرضت عليه النفقة ، ولم يؤمر بأدائها لعجزه عن الأداء . ويؤمر بأدائها من تجب عليه النفقة لولا وجود الآب . ويرجع بها هـذا الأخير على الآب اذا أيسر كما قلنا سابقا . فإذا كان للولد أم موسرة أمرت بأداء النفقة لترجع بعد ذلك على الآب عند اليسار . أما اذا كان الآب عاجزاً عن الكسب لمرض مزمن أو شيخوخة مثلا ، أو لم يكن موجوداً ، فان النفقة تجب على من يوجد من الاصول ذكراً كان أو أنثى من جهة الآب أو من جهة الأم .

فإذا تعددت قراباته من جهة الأصول . وجبت عليهم النفقة بالنظام التالى :

(أ) اذا كان جميع الأصول وارثين وجبت عليهم النفقة بنسبة ميراثهم. سواء أكانوا متساوين فى درجة القرابة أم مختلفين فيها . فإذا كان للولد أم وجد هو أبو الآب ، كان على الأم ثلث النفقة ، وعلى الجد ثلثاها بنسبة الميراث.

(ب) واذا كان بعض الأصول وارثاً وبعضهم غير وارث ، وجبت النفقة على أقربهم درجة ، ولو كان غير وارث . فإذا كان لشخص أبو أم وأب

لجده لأبيه ، كانت النفقة على الجد من الأم ، لترجحه بقرب القرابة ، مع أنه غير وارث ، ولم تجب النفقة على أب الجد من الأب ، مع أنه هو الوارث ، إذ لا اعتبار للإرث مع بعد القرابة. وإن تسارت الأصول فى الدرجة، وجبت النفقة على الوارث وحده . فمن كان له جدان أحدهما جده لأبيه وثانيهما جده لأمه، كانت نفقته على الجد لأب ، لترجحه بالإرث، دون الجد لأم ، لأنه غير وارث.

(٢) قرابة الفروع :

إذا وجد للشخص فروع متعددون ، وجبت نفقته على أقربهم درجة ، دون اعتبار للارث .

فمن كان له بنت وابن ابن ، وجبت نفقته على البنت وحدها ، لأنها أقرب من ابن الابن ، مع أنهما وارثان .

فإن تساووا فى الدرجة ، وجبت النفقة عليهم بالتساوى ، دون اعتبار للإرث أيضا ، فمن كان له بنت وابن ، وجبت نفقته عليهما مناصفة بينهما ، دون نظر إلى مقدار ميراثهما .

ومن كان له ابن مسلم وابن غير مسلم ، وجبت نفقته عليهما مناصفة، مع أن أحدهما وارث والآخر غير وارث .

ومن كان له بنت بنت وابن ابن ،وجبت نفقته عليهما بالتساوى أيضاً ، مع أن بنت البنت غير وارثة .

وإنما وجبت نفقة الأصل على الفرع الأقرب وحده، وعلى الفروع المتحدة فى القرب بالتساوى ، دون النظر إلى الإرث ؛ لان أساس النفقة فى هذه الحالة هو ارتباط الجزئية بين الأصل والفرع ، ذلك الارتباط الذى لا يصح معه النظر إلى الإرث ، بل يكون النظر إلى قرب الجزء وبعده فقط ؛ فإذا وجد الفرع الأقرب، انفرد بالنفقة لترجحه بالقرب ، وإذا اتحد الفروع فى درجة قربهم، اشتركوا فى النفقة بالتساوى .

وقد كان مقتضى هذا التعليل أن تسير النفقة الواجبة للفروع على الأصول هذا المسار ، ولكنا نجد الإرث مرجحا فيها فى بعض الأحوال .

ثم نجده غير معتبر فى النفقة الواجبة للأصول على الفروع مطلقاً ، وهذا بعض ما يوجه من نقد إلى هذه القواعد ،

(٣) قرابة الحواشى :

فى هذه الحالة نجد القاعدة تسير سيراً منطقياً مطردا ، حيث تجب النفقة بحسب الميراث عند تعدد الأقارب من الحواشى ، وهم الذين ليسوا أصولا ولا فروعا ، كالإخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، دون أولادهم ، لعدم تحقق المحرمية . فمن كان له أخ شقيق وأخ لأب ، وجبت نفقته على الأخ الشقيق وحده ، لأنه الوارث دون الأخ لأب ، لحجبه بالأخ الشقيق .

ومن كان له عم شقيق وعمة شقيقة ، وجبت نفقته على العم الشقيق وحده ، دون العمة الشقيقة ، لأنه الوارث وحده باعتباره عاصباً ، دون العمة الشقيقة التى تدخل فى ذوى الأرحام المؤخرين فى الميراث عن العصبات .

ومن كان له أخ لأب وأخ لأم ، وجبت نفقته عليهما بنسبة ميراثهما . فيكون على الأخ لأم سدسها ، وعلى الأخ لأب خمسة أسداسها ، وذلك أن الأخ لأم صاحب فرض وهو السدس ، والأخ لأب عاصب يرث الباقى .

(٤) اجتماع الأصول والفروع :

إذا وجد للفقير المستحق للنفقة أقارب من أصوله وأقارب من فروعه ، كانت نفقته واجبة على أقربهم درجة دون اعتبار للإرث .

فمن كان له أب وابن ابن وجبت نفقته على الأب وحده ، لكونه أقرب درجة . فإن اتحدوا فى الدرجة ، وجبت النفقة عليهم بحسب ميراثهم إلا إذا كان فى هؤلاء ابن أو بنت .

فمن كان له جد لأب ، وابن ابن ، وجبت نفقته عليهما بنسبة الميراث ، فيكون على الجد سدس النفقة ، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها ، حيث يكون الميراث فى هذه الصورة للجد السدس فرضاً ، ولابن الابن الباقى تعصبا .

ومن كان له أب وابن ، وجبت نفقته على الابن وحده . وذلك أن للأب حقاً فى مال الابن ثبت له بقوله عليه ـ الصلاة والسلام ـ :(أنت ومالك لأبيك).

وكذلك الحكم لو كان للفقير أب وبنت .

(٥) اجتماع الأصول والحواشى :

وإذا كان للقريب أصول وحواش ، وجبت نفقته عليهم بحسب الميراث ، إذ كان الأصول والحواشى جميعاً وارثين ، فمن كان له أم وأخ شقيق وجبت نفقته عليهما أثلاثا ، على الأم ثلثها ، وعلى الأخ الشقيق ثلثاها ، حيث يكون ميراثهما فى هـــذه الصورة كذلك ، للأم ثلث التركة فرضا ، وللأخ الشقيق الباقى تعصيباً .

فإن كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث ، وجبت النفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين .

فمن كان له جد لأم وعم شقيق ، وجبت نفقته على الجد من الأم وحده دون العم الشقيق ، مع أن العم الشقيق هو الوارث فى هذه الصورة ، ولا ميراث للجد من الأم، لكونه من ذوى الأرحام الذين لا يرثون مع وجود العصبات .

(٦) اجتماع الفروع والحواشى :

وإذا كان للفقير أقارب من الفروع والحواشى ، وجبت نفقته على الفروع فقط دون اعتبار لوجود الحواشى ، لقوة صلة الأصل بفرعه ، وضعف صلته بقرابته من الحواشى . فمن كان له ابن بنت . وأخت شقيقة . وجبت نفقته على ابن البنت وحده ، مع أن الميراث فى هـذه الحالة للأخت الشقيقة فرضا وردا .

ولا ميراث لابن البنت ، لأنه من ذوى الأرحام الذين لا يرثون مع وجود أصحاب الفروض .

(٧) اجتماع جميع القرابات :

وإذا كان للشخص قرابات متعددة من جميع الأنواع ، فكانت له فروع وأصول وحواش ، وجبت نفقته على الفروع والأصول وحدهم ، على الأساس الذى بيناه فى الصورة الرابعة ، صورة اجتماع الأصول والفروع فقط ، وكان وجود الفروع حاجباً للحواشى .

تلك هى الصور السبع ، التى لا تزال مطبقة أحكامها فى مصر . وإن العمل بالمذهب الحنبلى يزيل تلك الصعوبات الموجودة فى هذه القواعد غير المتسقة أحيانا ، حيث يسير هذا المذهب على تحكيم الميراث فى جميع الأحوال . ولامأخذ عليه إلا اشتراطه اتحاد الدين فى وجوب نفقات الفروع على أصولهم، والأصول على فروعهم كما سبق أن بيناه .

تقسيم النفقة عند اعسار بعض الاقارب :

٢١٤ — وإذا اجتمع فى قرابة الفقير المستحق للنفقة أقارب موسرون . وأقارب معسرون ، وكان القريب المعسر هو الذى تجب عليه النفقة . فان كان هو الأب أو الابن فقد بينا حكمهما فيما سبق ، وهو أنهما لا يعفيان من وجوب النفقة عليهما إلا إذا كانا عاجزين عن الكسب .

وإن كان المعسر ليس أبا ولا ابنا ، فان النفقة تجب على غيره . ويعتبر هذا القريب المعسر معدوماً فى حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون وجوب النفقة على أساس القرب والجزئية . لو كان الفقير بنت بنت موسرة ، وابن ابن معسر ، فإن ابن الابن يفرض معدوماً ، وتجب النفقة كلها على بنت البنت .

الحالة الثانية : أن يكون وجوب النفقة على أساس الميراث، ويكون المعسر هو الذى تجب عليه النفقة ، لأنه ينفرد بالميراث . فيفرض معدوما فى هذه الحالة، حتى يمكن إيجاب النفقة على غيره . وذلك مثل أن يكون لمستحق النفقة أخ شقيق معسر ، وأخ لأب وأخت لأب موسران . فان من تجب عليه النفقة هو الأخ الشقيق ، لكونه الوارث وحده، وحجبه للأخ والأخت من الأب فى الميراث . فيعتبر فى هذه الحالة معدوما لإعساره ، وتقسم النفقة على الأخ لأب والأخت لأب أثلاثا ، حسب ميراثهما عند عدم وجود الأخ الشقيق . فيكون على الأخ لأب ثلثا النفقة وعلى الأخت لأب الثلث . فاذا كان الفقير المعسر لا ينفرد بالميراث ، لم يفرض معدوماً بل يعتبر موجوداً ويبين نصيب كل قريب فى الميراث مع وجوده . ثم يصرف النظر عنه وتطرح حصته فى النفقة ، وتكون النفقة على الباقين ، بنسبة نصيب كل منهم فى الميراث . فإذا كان للفقير أم وأخ شقيق وأخت شقيقة وأخت لأم وأخ لأم وكانوا جميعا موسرين ما عدا الأخ الشقيق ، لم يعتبر الأخ الشقيق معدوما . ويبين نصيب كل من الأقارب فى الميراث مع وجوده فيكون للأم سهم . وللأخ الشقيق سهمان ، وللأخت الشقيقة سهم . وللأخت لأم سهم . وللأخ لأم سهم، ثم يصرف النظر عن نصيب الأخ الشقيق لإعساره ، وتقسم النفقة على من عداه بنسبة حصصهم فى الميراث، فيكون على كل من لأم والأخت الشقيقة والأخت لأم والأخ لأم ربع النفقة. ولو لم يفرض الأخ موجوداً لكان نصيب الأخت الشقيقة فى النفقة أكثر من ذلك ، تبعاً لزيادة حصتها فى الميراث عند عدم وجوده .

نفقة الفقير فى بيت المال :

٢١٥ — وإذا لم يكن للفقير قريب تجب عليه نفقته ، وجبت نفقته فى مال الدولة ، تطبيقاً للتكافل الاجتماعى الذى أراده الإسلام فى أوسع الصور وأشملها. والذى تعبر عنه القصة العمرية المشهورة، فقد كان الفاروق عمر يسير ليلا . فأحس بوجود أسرة فقيرة ليس لها من يعولها ، فعاد إلى بيت المال ، وحمل منه النفقة

إليها ، فتوجهت إليـــه ربة الدار بالحمد والشكر على صنيعه ، وهى لا تعلم شخصيته ، ثم قالت : الله بيننا وبين عمر ، فقال لها الفاروق : ومن أعلم عمر بكم حتى يكون مسئولا عنكم ؟ ! فقد كان التقصير منها حيث لم ترفع أمرها إليه ؛ حتى يقوم بسد حاجتها .

وقد ذكر فقهاء الحنفية أن ولى الأمر مطالب بالإنفاق ، وأن القضاء يملك إلزامه بالنفقة على هؤلاء الفقراء المحتاجين الضائعين ، وأن هـــذا الحكم ينفذ فى القسم الخاص بالضوائع من بيت المال ؛ وهو القسم الذى تؤول إليه الأموال التى لا مالك لها ، والتركات التى لا وارث لها ؛ وقد ذكر الكاسانى فى كتابه بدائع الصنائع أن هـذا القسم يصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وأكفان الموتى الذين لا مال لهم ، ونفقة اللقيط ، ونفقة من كان عاجزاً وليس له من تجب عليه نفقته ، ونحو ذلك ، وعلى الإمام صرف هـذه الحقوق إلى مستحقيها .

وقد صدر حكم قضائى فى مصر سنة ١٩٢٢ [1] بإلزام خزانة الدولة بالإنفاق على فقير ليس له من تجب نفقته عليه .

كما أصـدر المشرع المصرى فى سـنة ١٩٥٠ قانونا للضمان الاجتماعى يهدف إلى تقـرير نفقة لـكل فقير عاجز محتاج ؛ وهو أمر يتفق مع هـــذه الأحكام والمبادىء .

تقدير نفقة الاقارب وصيرورتها دينا :

٢١٦ ــ ذهب الحنفية إلى أن النفقة الواجبـــة للفروع على أصولهم ؛ وللأصول على فروعهم ، لا تحتاج إلى حكم قضائى بها . فلو كان للفقير مثلا ابن أو أب تجب عليه نفقته ، فاخذ من ماله بغير إذنه ، وبدون حكم بالنفقة ، لم يعتبر سارقاً ولا مغتصباً ، فإنه قد أخـذ حقه . والأصـــل فى

(١) أصدره أستاذنا المرحوم الشيخ فرج السنهورى وهو قاض فى مجمع جمادى ، وقد أصدرت وزارة الحقانية (العدل) بعد ذلك منشورا بمنع القضاة من سماع مثل هذه الدعوى .

هـذا أن النبي — صلى الله عليـه وسلم — قال لهند زوج أبي سفيان : (خذى من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف) عندما اشتكت إليه شح أبي سفيان بالنفقة عليها وعلى أولادها . كما أن هذه القرابة تجعل جميع الأقارب الداخلين فى حدودها فى حكم شخص واحد ، يتسامح معهم بما لا يتسامح مع غيرهم .

أما قرابة الحواشى فليست فى هذه القوة ، ولا تثبت لهؤلاء الأقارب النفقة إلا بعد القضاء بها ، فلم يكن لهم أن يأخذوا من مال القريب قبل أن يثبت لهم الحق فى تناولها بحكم القاضى بها .

٢١٧ — ثم إن نفقة الأقارب لا يحكم بها عن مدة سابقة على تاريخ الحكم . صغيراً كان الفقير أو كبيراً ، لأن النفقة واجبة دفعاً للحاجة ، وقد انسدت الحاجة فى المدة السابقة بمضيها وانقضائها .

فإذا حكم بها لصغير على أبيـه صارت ديناً من تاريخ الحكم ، ولكن يسقط المتجمد منها بموت الصغير . فإن نفقة الأقارب من باب الصلات والبر ، والصلات تسقط بالموت ، إلا إذا كانت النفقة مستدانة بإذن القاضى أو بإذن المحكوم عليه .

وفى غير هـذه الحالة لا تصير النفقة ديناً إلا إذا أذن القاضى أو المحكوم عليه لصاحب النفقة باستدانتها واستدانها بالفعل .

فإذا مضت مـدة شهر أو أكثر من تاريخ الحكم ، ولم يأخـــذ الفقير نفقته من قريبـه ، لم يـكن له أن يطالبـه بنفقة هـذه المدة الماضية . إلا إذا كان قد استدانها فعلا بأذن القاضى أو بأذن القريب . والسبب فى هـــذا ما قررناه من أن نفقة القريب قد وجبت لسد الحاجة . ومضى هذه المدة دون أن يأخذ القريب نفقتـه المحكوم بها أو يستدينها يدل على استغنائه ، ولا نفقة مع الاستغناء .

٢١٨ — ثم إن تقدير نفقة الأقارب يكون بقدر كفاية القريب الفقير فى حاجته ، دون إرهاق للقريب المنفق ، وفى الأثر : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

ولهذا لا تجب نفقة زوجة القريب الفقير على قريبه الموسر ، وإنما تجب على زوجها الفقير ، ويحكم عليه بها ، ويؤمر من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بأداء هذه النفقة إليها ، على أن تكون ديناً له على الزوج يؤديه إليه عند يساره .

ويستثنى من ذلك نفقة زوجة الأصل ، فإنها تكون واجبة أيضاً على فرعه ، إذا كان الأصل فى حاجة إلى رعاية الزوجة لمرضه أو شيخوخته ، براً به وإحسانا . فإن لم يكن الأصل محتاجاً إلى تلك الرعاية لم تجب على فرعه نفقة الزوجة .

الولاية على النفس والمال

الولايات التي تثبت على الطفل :

٢١٩ — يخرج الطفل إلى الوجود ، فيحتاج إلى من يرعاه فى نفسه وماله ، إذ يحتاج إلى من يتولى أمور حضانته ورضاعته فى الصدر الأول من حياته ، كما يحتاج إلى من يحفظه ويصونه ، ويربيه ويعلمه ، ويقوم عنه بمختلف الأمور التى تتصل بشخصه وذاته ، ثم يحتاج أيضا إلى من يتــولى تدبير شئون ماله بالصيانة والتنمية .

ولذا كانت الولايات التى تثبت على الطفل بمجرد خروجه إلى الحيــاة ثلاث ولايات :

أولاها : ولاية حضانته ، وقد بينا أحكامها فيما سبق .

وثانيتها : الولاية على نفسه .

وثالثتها : الولاية على ماله .

الفرع الأول

الولاية على النفس

٢٢٠ — تثبت الولاية على النفس تحقيقا لمصلحة المولى عليه ، حيث يتولى عنه الأمور التى تتعلق بنفسه ، والتى يعجز عن إدراك وجه الخير فيها .

وقد أثبت المشرع هذه الولاية لمن يرى فيهم حرصا على مصلحة الصغير ، واشترط فيهم شروطا معينة ، حتى يكون تقديرهم للمصلحة مضمونا .

من تثبت عليه هذه الولاية :

٢٢١ — ولما كانت هذه الولاية ثابتة لعجز المولى عليه عن النظر وتبين

المصلحة ، كانت ثابتة على الصغير والصغيرة ، وعلى المجنون والمجنونة ، وعلى المعتوه والمعتوهة ، وعلى البكر والثيب غير المأمونة على نفسها ، فى الحدود التى تحقق تلك المصلحة .

سلطات الولى على النفس :

٢٢٢ — يدخل فى هذه الولاية الأمور التى تتعلق بصيانة الولد وحفظه وعلاجه ، فيكون للولى ضمه إليه بعد انتهاء مدة حضانة النساء ، وليس للولد أن ينفرد بالإقامة وحده ، ولا بالإقامة مع غير وليه ، إلا إذا بلغ مأمونا على نفسه إذا كان ذكراً ، وإلا إذا تزوجت البنت أو تقدمت فى السن وأصبح لها دراية وعفة وحكمة .

ويدخل فيها أيضا تأديب الولد وتثقيفه وتوجيهه إلى الدراسة العلمية النافعة أو احتراف الصنعة النافعة المربحة .

وفى التأديب يقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — : (مروا أولادكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع) .

وتشمل الولاية على النفس أيضا ولاية تزويج الصغير أو الصغيرة(١) . والاعتراض على تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها بغير كفء ، أو بمهر يقل عن مهر المثل .

---

(١) ولقد استأنس المشرع المصرى ببعض الآراء الفقهية ، فمنع الموثقين من مباشرة عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة أقل من ست عشرة سنة ، أو سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة ، نظراً لأهمية عقد الزواج فى الحياة الاجتماعية ، ولتطور الأحوال تطورا يجعل الزوجين لا يستأهلان المسئوليات الزوجية قبل هذه السن .

أصحاب الحق فى الولاية على النفس :

٢٢٣ — تكون الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصبات الذكور وهم الذين لا تكون قرابتهم به من طريق الأنثى وحدها، وهم مرتبون فى استحقاقها ترتيب الميراث ، فتقدم جهة البنوة، ثم جهة الأبوة. ثم جهة الأخوة ثم جهة العمومة.

فإذا تعددت العصبات الذكور من جهة واحدة ، قدم فى الولاية أقربهم درجة ، فتكون الولاية للأخ الشقيق أو لأب قبل ابن الأخ الشقيق أو لأب .

وإذا اتحدت درجتهم أيضاً ، كانت الولاية للأقوى قرابة ، فإذا كان للولد أخ شقيق وأخ لأب ، كان الأخ الشقيق أولى بالولاية .

فإن اتحدوا جميعا فى جهة القرابة وفى درجتها وفى قوتها ، فكانوا أخوة أشقاء مثلا ، كانت الولاية ثابتة لكل منهم ، ويختار القاضى أصلحهم وأكثرهم تجربة ويضم الولد إليه .

شروط الولى على النفس :

٢٢٤ — الولى على النفس يجب أن تتحقق فيه الأوصاف الآتية ، حتى يكون أهلا للولاية ، بصلاحه لها وقدرته عليها وتحقيق الخير للولد منها :

أولا : أن يكون بالغاً عاقلا ، فإن غير البالغ أو غير العاقل لا تكون له ولاية على نفسه ، وإنما تكون لغيره الولاية عليه ، فلا يكون ولياً على غيره .

ثانياً : أن يكون أمينا على المولى عليه ، فلو كان الولى يؤذى الصغير أو يضربه ضربا فاحشاً ، أو يتركه مريضا بلا علاج مثلا ، فإنه لا يكون أهلا للولاية ، التى أثبتها الشارع لمصلحة المولى عليه .

ثالثا : أن يكون قادراً على القيام بمقتضيات الولاية ، فلو كان عاجزاً عنها لم يكن أهلا لها .

رابعا : أن يكون متحد الدين مع المولى عليه ، فالأب غير المسلم ليس أهلا للولاية على الولد المسلم ، فان اختلاف الدين يؤثر فى الرابطة الموجودة بينهما وفى جلب المصلحة المقصودة من الولاية . وفى إثبات الولاية مع اختلاف الدين تعريض المولى عليه لخطر التأثر بدين وليه .

وكما تشترط هذه الأوصاف فى ثبوت الولاية ابتداء ، يشترط بقاؤها بصفة دائمة مدة ثبوت الولاية ، حتى إذا تغير الأمر ، وزال وصف من هذه الأوصاف ، سلبت الولاية من الولى ، بعد أن صار غير أهل لها .

٢٢٥ — وقد استمر التطبيق القضائى فى مصر جاريا على هذه الأحكام ، باعتبارها أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، الذى ترجع المحاكم إليه فى أمور الأسرة إذا لم توجد قوانين مغايرة .

وقد أصدر المشرع المصرى قانوناً(١) نظم فيه أحكاماً لسلب الولاية ، وفصل القول فى الشروط الفقهية المجملة ، فقرر سلب الولاية وجوبا فى الأحوال الآتية :

أولا : إذا حكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو جريمة من جرائم التحريض على الدعارة ، إذا كانت الجريمة قد وقعت على أحد المشمولين بولايته .

ثانيا : إذا حكم على الولى لجناية وقعت على نفس أحد من المشمولين بولايته أو لجناية وقعت من أحدهم .

ثالثا : إذا حكم على الولى أكثر من مرة فى الجرائم الخاصة بالتحريض على الدعارة ، إذا كانت الجريمة على غير من يدخلون فى ولايته .

---

(١) القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .

وسلب الولاية واجب فى هـذه الأحوال . لأن الولى لم يعـد أهلا للولاية، بعد ارتـكاب هذه الجرائم التى تدل على عدم أمانته وعدم صلاحيتـه للولاية ، حتى أنه إذا سلبت الولاية بالنسبة لقاصر معين ، وكان فى ولاية الولى قاصر غيره ، سلبت الولاية عن الباقين أيضا ، إلا إذا كان فيهم أحد فروعه ، فإن الولاية لا تسلب وجوبا ، بل يترك أمر سلبها للقضاء بحسب ما يرى من حالة الولى وخطره .

وإنما فرق القانون بين فروع الولى وغير فروعه فى هـذا الشأن ، لأن عدم شفقة الولى على غير فروعه ، لا تستلزم عدمها على الفروع أيضا ، فترك تقدير ذلك للقضاء .

وقرر القانون سلب الولاية جوازاً أو وقفها فى كل أمورها أو فى بعض أمورها فى الحالات التالية :

أولا : إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

ثانيا : إذا حكم عليـه فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعارة إذا كانت الجريمة قد وقعت لأول مرة على غير من تشملهم ولايته .

ثالثا : إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر ، أو للحبس بغـير وجه ، أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على أحـد المشمولين بولايته .

رابعا : إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بولايته فى دار من دور الاستصلاح .

خامسا : إذا عرض الولى صحة واحد ممن تشملهم ولايته للخطر ، أو عرض سلامته أو أخلاقه أو تربيته لذلك ، بسبب سوء معاملته أو سوء خلقه وقدوته نتيجة اشتهاره بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية والتوجيه ، ولا يشترط فى الحـكم بسلب الولاية أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال.

وأجاز القانون للقضاء فى الحالتين الرابعة والخامسة أن يعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير وتعليمه إذا رأى مصلحته فى ذلك ، كما أجاز للوزارة أن تعهد بهذا العمل إلى واحد من المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وإذا لم تتحقق الفائدة المرجوة من هذا الإشراف لسبب يرجع إلى الولى، جاز رفع الأمر للقضاء لسلب الولاية أو وقفها .

وقرر القانون أن هذه الأسباب يترتب عليها سلب الولاية أو وقفها ولو كانت سابقة على قيام الولاية .

وإذا سلبت الولاية أو وقفت عهد بالصغير إلى من يلى من سلبت ولايته أو وقفت ، فإن امتنع كان للقضاء أن يعهد بالصغير إلى أى شخص أمين عليه ولو لم يكن قريباً ، ما دام حسن السيرة صالحا للقيام بتربيته ، أو أن يعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعيه المختصة بذلك .

وفى الحالات التى تحد فيها المحكمة من الولاية تعهد بمباشرة الحقوق التى حرم منها الولى إلى أحد الأقارب .

ثم يبين القانون أنه لا يجوز إعادة هذه الولاية إذا حكم بسلبها بناء على الحكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو تحريض على الدعارة وكانت الجريمة قد وقعت على أحد المشمولين بولايته . وأجاز إعادة الولاية إذا كانت قد سلبت بناء على الحالة الثانية والحالة الثالثة من حالات وجوب سلب الولاية أو بناء على الحالة الأولى أو الثانية أو الثالثة من حالات جواز سلب الولاية ، إذا رد للولى اعتباره ، فان كان سلب الولاية قد حصل بناء على الحالتين الرابعة والخامسة من حالات سلب الولاية ، جاز للولى استرداد حقوقه التى سلبت منه إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

الفرع الثانى

الولاية على المـال

٢٢٦ — والولاية على المال تـكون فى التصرفات والعقود التى تتصل بمـال المولى عليه ، من بيع وشراء وإجارة ورهن ونحوها ، يتولاها عنه الولى لعجزه عن تدبير شئونه المالية .

من تثبت عليه هذه الولاية :

٢٢٧ — تثبت الولاية المـالية على الصغير والمجنون والمعتوه باتفـاق الفقهاء ، وعلى السفيه وذى الغفلة فى رأى جمهور الفقهاء المعمول به خلافا لأبى حنيفة وزفر .

٢٢٨ — والصغر من حيث قوة الحجر وثبوت الولاية المـالية درجتان : صغر ينعدم معه التمييز ، ويـكون فيـه الصغير فاقد الأهلية تماما ، فلا ينعقد له تصرف ، ولا تـكون له عبارة ، ويكون الأمر أكله لوليه . وصغر يكون معه التمييز ، ويكون فيـه الصغير ناقص الأهلية لا فاقدها ، وتـكون للصغير حينئذ عبارة معتبرة يترتب عليها صحة تصرفاته النافعة نفعا محضا ونفاذها ، من غير حاجة إلى إذن الولى ، كقبول الهبات والوصايا والاستحقاق فى الوقف من غير عوض ، كما يترتب عليها صحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء ، موقوفة على اجازة وليه المـالى ، أما التصرفات الضارة ضرراً محضا فتـكون باطلة غير قابلة للاجاز كالتبرعات بكل أنواعها .

والصبى المميز هو الذى بلغ سنا يميز فيها معانى العقود بصورة إجمالية ، ويعرف المراد منها ، فيعرف أن الشراء جالب ، وأن البيع سالب ، ويعرف الـكسب والغبن ، وأدنى سن للتمييز سن السابعة[1] ، فلا يكون الطفل قبلها مميزاً ولو أدرك شيئا من ذلك ، وقد يتجاوزها دون أن يـكون مميزاً ما دام لا يعرف المعانى المالية السابقة .

---

(١) وتتبع وتدبر فى العدد (٧) وما ارتبط به من آثار وأحكام ونظام ، بحسب ما أودع الله سبحانه فى كونه من أسرار .

وتستمر أحكام الصغر إلى أن يبلغ الصغير رشيدا . وذلك مقتضى قول الله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم »[١] فلا بد فى إطلاق التصرفات المالية من البلوغ والرشد .

أما البلوغ فيكون ببلوغ الصبي سن التناسل ، وظهور أعراض الرجولة على الغلام وأعراض الأنوثة على الفتاة ، وهذا هو البلوغ الطبيعى ، الذى لا يكون قبل سن الثانية عشرة بالنسبة للغلام ، وقبل سن التاسعة بالنسبة للفتاة ، فإذا ادعى الصغير البلوغ الطبيعى بعد إدراك هذه السن ، قبل قبوله ، لأن الأمر لا يعرف إلا من جهته ، والظاهر لا يكذبه .

فإذا تجاوز الصغير هذه السن دون أن يرى شيئا من العلامات الطبيعية للبلوغ ، استمر صغيراً إلى أن يبلغ سن الخامسة عشرة بالنسبة للفتى والفتاة ، فى رأى الصاحبين المفتى به ، وسن الثامنة عشرة للفتى ، وسن السابعة عشرة بالنسبة للفتاة فى رأى أبى حنيفة . وقد استدل الصاحبان بما روى عن ابن عمر أنه قال: « عرضت على رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق ، وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازنى » فكان هذا دليلا على أن سن الخامس عشرة هى الحد الأدنى لبلوغ سن الرجولة والاشتراك فى القتال .

أما أبو حنيفة فقد استدل بقول ابن عباس فى تفسير قوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده »[٢] : إن أشد الصبى ثمانى عشرة سنة ، فكانت هى حد البلوغ بالسن ، إلا أنه نقص الفتاة سنة ، لمسارعتها إلى البلوغ عادة ، حتى أن الحد الأدنى لبلوغها أقل من الحد الأدنى للفتى .

---

(١) الآية السادسة من سورة النساء .
(٢) الآية ١٥٢ : من سورة الأنعام .

وأما الرشد فهو الإحسان فى تدبير المال ، وإنفاقه على مقتضى العقل والحكمة والشرع ، وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، ولذا جعله الفقهاء أمراً تقديرياً يترك أمر تبيينه للتشريعات الوقتية أو لتقدير القضاء ، ولم يحددوا له سنا معينا ثابتة .

وفى هـذا الشأن يقول المرحوم فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى : « المولود يولد فاقد الأهلية ، ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز ، ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز إلا أن عقله وملكاته لا تزالان غضين ، فلا يقوى على تقدير الأفعال التى تصدر عنه أو يتعمد فعلها تقديراً صحيحاً ، ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على إدارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن هـذه المرتبة لا تتم للجميع بصورة واحدة ولا فى زمن واحـد ، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافاً كبيرا ، إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات ، والحاجة إلى وضع حد تنتهى إليه حال الإنسان ، ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتتم الأهليـة . والشرائع مختلفة فى تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأنثى ، وأربع عشرة سـنة للذكر ، كما فعل الرومانيون فى البداية ، منـذ كانت الأمة فى شأنها الأول ساذجة الأخلاق ، قليـلة العـدد ، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم ، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال ، قبـل استفحال الضرر ، فلم يـكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محوط بهذه العنايات كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهـله ، وكثر المـال ، وتنوعت الرغبات والمطالب ، وتشعبت أعمال الإنسان ، وامتدت أطماعه إلى أبعـد من داره وعشيرته ، ووهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ، ظهرت مضار التعجيل بإقرار الأهلية ، واضطر الشارع إلى تأجيل زمانها » .

وقد رأى المشرع المصرى أن يحـدد سن الرشد فى الأمور المـاليـة ،

بإحدى وعشرين سنة ميلادية ، يكون الشخص قبلها قاصرا . وقد دعاه الى ذلك تعقد المعاملات وصعوبة الامور الاقتصادية فى العصر الحديث، صعوبة لايكون الشخص قادراً على مواجهتها إلا إذا بلغ هذه السن عادة ،فضلا عن أن تحديد سن معينة يجعل أمر التطبيق القضائى ميسورا ،ونظام المعاملات مستقراً .

فإذا تحقق البلوغ وتاخر الرشد استمرت الولاية المالية على الشخص ، حتى يرشد ، مهما كبرت سنه . وذهب أبوحنيفة ووافقه زفر إلى أنه إذا بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فإذا بلغها دفع إليه ماله — وإن يرشد — مادام عاقلا ، فان الغرض من منع المال عنه تهذيبه وتأديبه بصورة حسية، فاذا بلغ هذه السن دون أن تفيده التجارب وأن ينفعه التهذيب ، لم يكن هناك أمل فى ذلك . ودار الأمر بين الحجر عليه ، وفيه إهدار كرامته، مع المحافظة على ماله، وبين إطلاق يده فى ماله ، وفيه المحافظة على كرامته وإنسانيته ، مع ضياع ماله. وإذا دار الأمر بين الكرامة والمال ، كانت الكرامة أحق بالمحافظة . ويقول أبو حنيفة فى ذلك : « إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جداً . فأنا أستحى أن أحجر عليه » ، على أن ماله إذا ضاع ، فانه يخرج من يده المتلفة إلى يد أخرى مدبرة ، تنمى هذا المال ، ويعود نماؤه بالخير على الجماعة .

ويشهد لعدم الحجر على السفيه أنه مخاطب بالتكاليف الشرعية ، مامور بالوفاء بالعقود ، فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[1] . وفى الحجر عليه وعدم تنفيذ عقوده معارضة لهذا النص الكريم .

أما جمهور الفقهاء والصاحبان فقد استدلوا بقول الله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا »[2] فإن الآية تدل على منع السفيه عن ماله ، الذى هو فى الوقت

(١) الآية الأولى من سورة المائدة .
(٢) الآية الخامسة من سورة النساء .

نفسه مال للجماعة ، والاكتفاء بالإنفاق عليه منه ، كما استدلوا بقول الله تعالى : «فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفاً أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل»[1] ،حيث جعلت الآية للسفيه ولياً . كما استدلوا بطلب على بن أبي طالب رضى الله عنه الحجر على عبد الله بن جعفر بن أبي طالب لسفهه ، وإن كان عثمان ابن عفان لم يحجر عليه ، فلأن سفهه لم يثبت .

وقالوا أيضاً : إن الحجر على السفيه فيه مصلحة له ولورثته ، حتى لا يضيع ماله، ويعيش هو وهم عالة على الناس .

ويأخذ ذو الغفلة ـ وهو الساذج الذى لا يهتدى إلى التصرفات النافعة ويغبن فى المعاملات ـ حكم السفيه فى الأحكام الفقهية ، فإن ذا الغفله ضعيف الإدراك ، كما أن السفيه ضعيف الإرادة .

بقى من المحجور عليهم المجنون وهو المريض بمرض عقلى يمنع من إدراك الأمور على حقيقتها ، وقد يصحبه هيجان واضطراب ، والمعتوه وهو قليل الفهم، مختلط الكلام . فاسد التدبير ، ويأخذ المجنون حكم الصبى غير المميز ، كما يأخذ المعتوه حكم الصبى المميز .

من تثبت له الولاية المالية :

٨١ ــ الولاية على مال الصغير تثبت للأب ابتداء، ثم لوصيه ،ثم لوصى وصيه، ويسمى الوصى المختار ، ثم للجد من الأب وإن علا ،ثم لوصيه ،ثم لوصى وصيه ،ويسمى الوصى المختار أيضا ، ثم للقاضى ، ثم لوصيه .

فاذا وجد الأب كان صاحب الولاية ، فإن لم يوجد وكان قد اختار من يتولى شئون أولاده المالية، كانت الولاية لمن اختاره ولو كان الجد موجوداً ، فان لم يكن الأب قد اختار وصيا ،كانت الولاية للجد من الأب ، فان لم يكن موجوداً

---

(١) الآية : ٢٨٢ من سورة البقرة .

كانت الولاية لوصيه الذى اختاره ، فان لم يكن قد اختار أحداً ، كانت الولاية للقاضى الذى لا يتسع وقته عادة للاشراف على شئون القصر المالية إشرافاً مباشرا ، فيعين عنه وصيا يتولى ذلك الإشراف تحت مراقبته .

ويرى الإمام مالك والإمام أحمد أن الولاية على مال الصغير إنما تكون للأب ثم وصيه ، ثم للقاضى ثم وصيه ، ويرى الإمام الشافعى أن الولاية على ماله تكون للاب ثم للجد من جهته ثم لوصى الأب ثم لوصى الجد ثم للقاضى .

٨٢ — وبمقارنة هذه المذاهب نجد أن المذهب الحنفى يثبت الولاية للجد ، ولكنه يؤخرها مرتبة عن وصى الأب ، وذلك أن الأب أوفر الناس شفقة على ولده وأحرصهم على مصلحته ، فكان فى اختياره لشخص آخر يتولى شئون ولده المالية ، مع وجود هذا الجد ، دلالة قوية على أنه يرى أن هذا الشخص أصلح وأقدر على هذه الولاية ، التى تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التى يمتاز بها الجد .

أما الإمام الشافعى فانه يثبت الولاية للجد أيضاً . ويجعل مرتبته قبل وصى الأب ، فان الجد أب عند موت الأب ، فيكون فى مرتبة الأب فيسبق وصى الأب .

وأما الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فلم يجعلا للجد ولاية إلا بوصاية من الأب أو القاضى .

وليس لمن عدا الأب والجدمن الأقارب حق فى الولاية،ولو كانوا عصبات ، إلا بسبب الوصاية اختياراً أو تعيينا من القاضى .

٨٣ — أما الولاية على المجنون أوالمعتوه فتكون لهؤلاء الأولياء السابقين فى المذهب الحنفى ، إذا كان الولد قد بلغ مجنونا أو معتوها ، حيث أن ولاية هؤلاء الأولياء ثابتة عليه لعجز الصغر ، ولم يوجد ما يسقطها ، فتستمر ثابتة عليه بعد بلوغه مجنونا أو معتوها إلى أن يفيق .

وإذا بلغ الصبي عاقلا سقطت عنه هذه الولاية التي كانت ثابتة عليه لصغره ، ثم إذا جن بعد ذلك أو أصابه العته ، عادت إليه ولاية هؤلاء الأولياء السابقين لعودة عجزه بالجنون أو العته . وقد خالف زفر من فقهاء الحنفية فى عودة ولاية الأب والجد ، وجعل الولاية حينئذ للقاضى ابتداء ، لأن ولاية الأب أو الجد قد سقطت ، والساقط لا يعود . والراجح هو الرأى الأول ، لأن إثبات الولاية على المجنون والمعتوه للقاضى مع وجود الأب أو الجد الموفور الشفقة أمر غير مقبول ، ويكون أمراً شكلياً ، لأن القاضى صاحب الولاية يختار الأب أو الجد للولاية قطعاً ، فليس من المعقول أن يختار أحدا غيرهما مع وجود أحدهما وصلاحيته .

وعلى هذا تكون الولاية على المجنون والمعتوه كالولاية على الصغير ، سواء أكان الجنون أو العته مقارنا للبلوغ أم كان طارئا بعده .

٨٤ — والولاية على السفيه وذى الغفلة تثبت أيضا للاب والجد إذا كان السفه والغفلة مقارنين للبلوغ فى رأى محمد ، خلافا لأبى يوسف الذى جعلها للقاضى ابتداء ، أما إذا بلغ الولد رشيداً ثم أصابه السفه أو الغفلة بعد ذلك ، فان الولاية عليه تكون للقاضى الذى يعين قيما يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته ، وليس للاب ولا للجد ولاية عليه ، لأن الحجر على السفيه وذى الغفلة مراعاة لمصلحتهما بالمحافظة على مالهما ، لا لنقص أهليتهما كما هو الأمر فى المجنون والمعتوه . والنظر فى صلاح التصرفات إنما يكون للحاكم الذى ينوب عنه القاضى .

مدى سلطات الأولياء :

٨٥ — تتسع سلطات الولى المالى أو تضيق تبعا لاختلاف درجته فى الشفقة والعطف والحرص على مصلحة المولى عليه ومنزلته من حسن الرأى والتدبير . ولهذا اختلفت حدود ولاية الأب وولاية الجد وولاية الوصى .

حدود ولاية الأب :

٨٦ — الأب أما أن يكون سيء التدبير ، مبذراً ومتلفا ، ولا يؤتمن على مال الولد ، وإما أن يكون سيء التدبير ولكنه غير مبذر ولا متلف ولا خائن ، وإما أن يكون حسن التدبير أمينا غير مبذر ولا متلف ، ولكل نوع من هؤلاء الآباء أحكام خاصة به ، تتناسب مع أوصافه ومقدار الخطر على أموال الولد فى ولايته .

أما الأب سيء التدبير غير المأمون الموصوف بالتبذير والإتلاف ، فانه لا تكون له ولاية على مال ابنه مطلقا ، بل تسلب عنه الولاية ، لأنه يستحق الحجر عليه فى أمواله الخاصة ، فلا يكون أهلا للولاية على مال غيره .

وأما الأب سيء التدبير الذى ليس مبذراً ولا متلفا ولا خائنا ، فان ولايته تكون ثابتة على ولده ، إلا أنه لسوء رأيه وفساد تدبيره ، يقيد فى تصرفاته بأن تتحقق فيها المصلحة الظاهرة ، فان تحققت نفذت ، وإلا لم تنفذ ، ومعيار المصلحة الظاهرة فى بيع أموال القاصر أن يكون بيعها بضعف قيمتها .

وأما الأب الأمين حسن الرأى والتدبير والتصرف ، وكذلك الأب مستور الحال ، فانه يكون مطلق التصرف فى أموال ولده يتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات التى يملكها فى أمواله الشخصية ، ولا يستثنى من ذلك إلا التبرع وما فى معناه ، لأن التبرع إخراج لمال الصغير دون عوض ، فكان ضرراً محضا .

وعلى هذا كان للاب أن يبيع أموال الصغير عقاراً أو منقولا ، وأن يشترى بأمواله عقاراً أو منقولا ، وأن يؤجر وأن يستأجر له ، ويكون تصرفه فى هذا نافذاً إلا إذا كان فيه غبن فاحش أى لا يدخل تحت تقويم الخبراء واختلافهم ، وذلك أن الغبن الفاحش فى معنى التبرع بمال الولد ، وإضاعة له بدون مقابل .

وفى التأجير لا يجوز للأب أن يؤجـــر أموال الصغير لمدة طويلة تختلف باختلاف الأموال، حتى لا يتبع التأجـــير الطويل نقص فى الأجـرة وإضاعة لمال الولد .

وقد قال محمد بن الحسن : يجـوز للاب أن يهب أموال الصغير إذا كانت الهبة بعوض لا غبن فيه ، لأن هذه الهبة فى معنى البيع ولا تبرع فيها وقد نظر أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن هذا العقد هبة ، وهى تبرع ابتداء ، والتبرعات لا تجوز ، فمنعوا الهبة بعوض احتياطا لمال الصغير .

وللأب أن يعير أموال الصغير إذا كان العرف يجرى بين الناس بذلك ، كما إذا كان للصغير أداة من أدوات الزراعة غير المعدة للاستغلال ، فان للأب أن يعيرها لمن جرى العرف باعارتها له .

ولا يقال إن فى هذه الاعارة معنى التبرع ، فانه لا ضرر فيها ، حيث لم تعد الآلة للاستغلال ، ولأنها من باب تبادل الخدمات بين الناس عرفا ، فاذا أعار مال الصغير اليوم استعار له غدا .

أما إذا أعدت هذه الآلة للاستغلال والتأجير عند الناس ، فانه لا يكون للأب اعارتها حينئذ ، لأن فى الاعارة تضييعا لمال الصغير ، وهو ما يستحقه عوضا عن التأجير .

وللأب أن يرهن مال القاصر فى دين على القاصر ، لأن هذا التصرف تقتضيه حركة التعامل فى أمواله ، ولا ضرر فيه ، حتى أنه إذا أخذ الرهن مقابل الدين كان وفاء للدين ، ولا شيء فيه .

وللأب أن يودع مال الصغير ولو كانت الوديعة بأجر ، محافظة على مال الصغير .

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى جواز رهن الأب مال الولد فى دين على الأب ، فأجازه أبو حنيفة ومحمد ، وقالا : ان للأب ايداع مال الصغير فيكون

له رهنه فى دين على الأب من باب أولى ، لأن الوديعة لا تضمن عند الهلاك ، والرهن مضمون فى حدود الأقل من قيمته ومن الدين، على أنه اذا بيع مال الصغير المرهون وفاء لدين الأب ، أو هلك المرهون ، كان الأب ضامنا للصغير .

ولم يجز أبو يوسف للاب أن يرهن مال الصغير مقابل دينه ، لأن هذا الرهن قد يؤدى إلى سداد الدين من مال الصغير ، فلا يجوز لما فيه من ضرر بالقاصر .

هذا والأب غير مطالب قضاء بتقديم المسوغات لتصرفاته فى مال ابنه ، ما دامت غير ظاهرة الضرر ، اكتفاء بحسن رأيه وتدبيره ، فاذا كان الضرر واضحا تدخل القضاء وأبطل هذه التصرفات الضارة ، محافظة على مال الصغير.

وقد أجيز للأب فى المذهب الحنفى خلافا لزفر أن يشترى أموال الصغير لنفسه ، وأن يبيع له من ماله ، لوفور شفقته ، وايثاره مصلحة ولده . وكان هذا استثناء من القاعدة الفقهية التى تمنع تولى شخص واحد ابرام العقود المالية من الجانبين [١] .

٨٧ — وقد أصدر المشرع المصرى قانونا فى سنة ١٩٥٢ [٢] أدخل على هذه الاحكام بعض القيود والاستثناءات ، وأوجب اتخاذ اجراءات معينة فيها ، احتياطا لأموال الاولاد . واحكاما للرقابة على الآباء .

وقد لوحظ فى هذه القيود كفالة استقرار المعاملات ،وأن من العسير الأخذ

(١) وتولى شخص واحد للعقد من الجانبين منعه الامام الشافعى وزفر من الحنفية فى العقود المالية وغير المالية ، واستثنى الشافعى من ذلك تولى الجد تزويج حفيدته للضرورة ،فان النكاح عنده لا ينعقد من غير ولى ، وأجازه المالكية والحنابلة مطلقا ، وفرق باقى فقهاء الاحناف بين العقود المالية وغير المالية ، فاجازوا ذلك فى الزواج ومنعوه فى البيع .

(٢) القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فى الوقت الحاضر بالتفرقة بين تصرفات الأب العدل أو المستور الحال وبين تصرفات فاسد الرأى أو سيء التدبير من الآباء بسبب دقة هذه الأوصاف .

فجعل القانون للأب كامل الأهلية للولاية ، أن يقوم بأكثر التصرفات التى خولها لها المذهب الحنفى ، وأوجب عليه استئذان المحكمة فى بعضها ، كما منعه من بعض هذه التصرفات ، وشرحت مذكرته الايضاحية الأسباب التى دعت إلى ذلك على الوجه التالى :

جعل القانون للأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه أو لحساب شخص آخر إلا إذا منع القانون من ذلك .

ونص على أنه لا يجوز له التصرف فى عقاره لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا باذن المحكمة ، دفعا لشبهة المحاباة ورعاية لمصلحة الصغير ومصلحة الأب نفسه ، فمن مصلحة الصغير أن يتوافر له ضمان الاذن الصادر من المحكمة المتحقق من عدالة المقابل ، ومن مصلحة الأب أن يكون ولده مطمئنا إلى أن التصرف لم ينطو ولو عن غير قصد على اخلال بحقوقه .

ونص على أنه لا يجوز له التصرف فى العقار والمحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا باذن المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر ، كما لو أريد بيعها نسيئة لشخص غير مأمون اليسار أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ، وقد دعا إلى ذلك أن المعاملات قد تعقدت وأضحى الأب بحاجة إلى أن يلتمس بعض التوجيه فى هذه المناسبات .

كما نص على أنه لا يجوز له اقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا باذن المحكمة التى تتحقق من أن الاقراض أو الاقتراض لن يضير مال القاصر أو يعرضه للضياع .

ونص على منع الولى من تأجير عقار القاصر لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد

إلا بإذن المحكمة ، لأن الولاية تنقضى ببلوغ هـــذه السن ، وعلى منعه من الاستمرار فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الاذن ، لما فى الاستمرار فى التجارة من أهمية بالنسبة إلى مسئولية القاصر فى ماله وما ينبغى أن يتوافر فى الولى الذى يؤذن له بالاستمرار من خـــبرة خاصة فى هذا الشأن .

كما نص على منعه من قبول الهبات أو الوصايا نيابة عن الصغير إذا كانت محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة ، حتى يتحقق من أن الالتزام المقترن بالتبرع لم يذهب بفائدته ، وليس عبئاً على الصغير .

وقد استثنى القانون من هـذه القيود أموال القاصر التى آلت إليه بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستتراً .

ثم منع القانون الأب من رهن عقار القاصر فى دين على نفسه ، لأن الرهن غالبا ما يفضى إلى استيفاء الدين من مال الصغير ، فيكون فى إباحته فتح الباب للأب فى الالتجاء إليه كلما وقع فى ضيق مالى ، وفى ذلك خطر على الصغير والأب على حد سواء .

ونص القانون على أن مورث القاصر إذا كان قد أوصى بألا يتصرف وليه فى المال الموروث، فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها. والعلة فى ذلك أن انتقال المال إلى القاصر من طريق الميراث لا يسوغ إهدار ضمانات رأى مورثه اشتراطها لمصلحته ، والتى تتصل البواعث عليها غالباً بالحرص على تربية الصغير أو تعليمه أو إيثاره بنصيب من المال نظراً لاصابته بمرض لا يرجى برؤه أو بعاهة تقعده عن العمل ، وجعل للمحكمة الاذن بالتصرف توفيقاً بين رغبة المورث فى تحقيق الأغراض التى رمى إليها من الشرط وبين ما تتطلبه المصلحة أحياناً من التصرف فى مال الصغير .

ونص القانون على عـــدم دخول ما يئول للقاصر من مال بطريق التبرع

فى ولاية الأب إذا اشترط المتبرع ذلك ، احتراماً لإرادة المتبرع الذى يرى إبعاد المال المتبرع به عن ولاية الولى ، لاعتبارات خاصة ، وحتى لا يكون شمول سلطان الولاية سببا لحرمان الصغير من تلقى التبرعات .

وقد زاد القانون فأعطى الأب الحق فى التبرع من مال الصغير أداء لواجب إنسانى أو عائلى بعد إذن المحكمة ، لأن حاجة المجتمع قد تدعو إلى ذلك ، كما إذا كان القاصر غنياً غنى كبيراً ، وكانت المصالح الاجتماعية فى حاجه إلى تبرعات ذوى اليسار لانشاء مستشفى أو مدرسة ، ولأن التبرعات فى محيط الأسرة كالاهداء لمتزوج أولمريض أو لفقير من أقاربه تدخل فى نطاق التكافل الاجتماعى. وقد جرى بها عرف الناس ، وتتم بطريق المبادلة غالباً ، فليس فيها إتلاف محض لمال القاصر ، وفى رقابة المحكمة ما يمنع من إساءة استعمال هذا الحق .

على أن هذه التبرعات العامة تدخل فى مصارف الزكاة . والزكاة واجبة فى مال القاصر عند جمهور الفقهاء ، كما أن التبرعات العائلية تشبه الهبات بعوض فكان فيها معنى المعاوضة .

حدود ولاية الجد :

٨٨ — اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى حدود ولاية الجد ، فرأى محمد أنه يدخل فى ولايته جميع التصرفات التى يملكها الأب ، وذلك أن إثبات الولاية له باعتباره أبا عند فقد الأب ، فتكون له جميع تصرفاته ، ورأى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الجد لا يملك إلا التصرفات التى يملكها وصى الأب ، لأنه يلى الوصى فى المنزلة ، فلا يكون له اختصاص أكثر منه .

وقد استثنى من هذا أمران : أولهما أن الجد يملك التعاقد لنفسه بالبيع والشراء من مال القاصر من غير غبن فاحش ، أماالوصى فلا يجوز له أن يبيع للقاصر أو يشترى منه إلا إذا كان فى البيع أو الشراء مصلحة ظاهرة ، وذلك بأن يشترى عقار الصغير بضعف قيمته وأن يبيع له العقار بنصف قيمته ،

وثانيهما : أن وصى الآب يملك بيع بعض أعيان التركة فى سداد الديون ولو كان الورثة كباراً ، لأنه يقوم مقام الآب فى تركته ، ويتولى عنه تسديد ديونه بحكم الايصاء ، فكان له بيع الأعيان التى تلزم لسداد الديون ولو كان الورثة كبارا ، أما الجد فان ولايته على التركة بحكم الشرع لمصلحة أحفاده ، فلا يكون له التصرف فى حق الكبار منهم ، ويقتصر تصرفه على بيع ما يخص الصغار فقط بمقتضى ولايته .

والقانون المصرى جعل ولاية الجد كولاية الآب أخذا برأى محمد ، إذ نظمهما فى سلك واحد ، هو سلك الولاية التى جعل لها أحكاما خاصة تخالف أحكام الوصاية ، ولم يفرق بينهما إلا فى أمور خاصة منها :

أولا : أن الجد لا يجوز له التصرف فى مال القاصر ولو كان هذا المال منقولا أو عقارا لا تجاوز قيمته ثلثمائة جنيه ، ولا الصلح عليه ، ولا التنازل عن التأمينات أو اضعافها بغير إذن المحكمة .

ثانياً : أن الآب لا يسأل عن أعمال الولاية إلا فى حالة الخطأ الجسيم كأن يتصرف فى المال بغبن فاحش ، فيكون مسئولا قبل الصغير عن التعويض ، أما الخطأ اليسير فلا يكون مسئولا عنه ، إبقاء على الرباط العائلى من أن يؤثر فيه الرجوع على أساس الخطأ اليسير الذى يغلب وقوعه ، والذى قد يقع فيه الولى فى مال نفسه ، أما الجد فقد عومل معاملة الوصى ، ويسأل عن خطئه ولو لم يكن جسيما .

الوصى المختار :

٨٩ — قد يختار الآب شخصاً يكون خليفة عنه فى الولاية على أولاده القصر بعد وفاته ، ويسمى هذا الشخص وصى الآب ، وقد يكون هذا الاختيار من الجد ، ويسمى وصى الجد ، فتكون لوصى الآب أو وصى الجد الولاية على أموال الأولاد .

وقد جعل القانون المصرى حق اختيار الوصى للأب فقط ، ولم يجعله للجد ، وهو يستند فى ذلك إلى بعض الآراء الفقهية التى بيناها سابقاً فى أصحاب الحق فى الولاية .

٩٠ — وللأب أن يوصى إلى اثنين أو أكثر ، بحسب مايرى من المصلحة، فاذا خصص لكل واحد عملا ، بأن جعل لأحد الوصيين التصرف فى أمور الزراعه باعتباره مهندساً زراعياً ، ولثانيهما التصرف فى أمور المبانى باعتباره مهندساً فيها ، لم يكن لأحد منهما مجاوزة اختصاصه فى رأى الإمام أبى حنيفة ، تنفيذاً لارادة الموصى ، وقياسا على الوكالة مع التخصيص ، وذهب أبو يوسف إلى أن الوصاية لا تقبل التخصيص ، لأن الوصى خليفة عن الميت فيملك مايكون يملكه الميت كاملا ، فيكون لكل منهما التصرف فيما وكل إلى الآخر .

فان أطلق الوصى الوصاية وأوصى إلى اثنين ولم يخصص أحداً بعمل، ثبتت ولاية التصرف فى الأموال كاملة لكل واحد منهما ، إلا أنه ليس لأحدهما التصرف وحده دون الثانى عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن الموصى إنما رضى برأيهما لا برأى أحدهما، واختياره لأكثر من واحد يدل على أنه لايكتفى برأى الواحد، ولأن اجازة تصرف كل واحد منهما يؤدى إلى ضياع التركة ، إذا تعارضت تصرفات كل منهما .

فاذا أجاز الموصى الانفراد فى التصرف ، أو كان الأمر المتصرف فيه غير محتاج إلى رأى ومشورة ، كتحصيل أجرة ، أو كان انتظار رأى الآخر يحقق ضرراً كشراء طعام للأولاد ، جاز الانفراد فى التصرفات استثناء .

وذهب أبو يوسف إلى أن كل واحد منهما يملك التصرف منفردا ، لأن الولاية تثبت كاملة لكل منهما ، وهذا نظير الوليين فى مرتبة واحدة ، حيث يملك كل واحد منهما تزويج موليته دون حاجة إلى انتظار الآخر .

وقد أجاز المشرع المصرى عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد ،

ولم يجز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم، أو كان العمل ضرورياً أو مستعجلا أو متمحضا لنفع القاصر ، كالطعن فى الأحكام قبل انقضاء مواعيد الطعن فيها ، أو تجديد قيد الرهن .

شروط الوصى :

٩١ — ويشترط فى الوصى أن يكون بالغا عاقلا رشيدا ، متحداً فى الدين مع دين المولى عليه ، والوقت الذى تعتبر فيه هذه الشروط هو وقت الوفاة ، لأنه وقت تنفيذ الوصية ، فلا عبرة بتخلفها قبل ذلك .

٩٢ — وقد فصل القانون المصرى هذه الشروط . فاشترط فى الوصى سواء أكان وصيا مختاراً أم معيناً أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة ويكون من أهل دين القاصر وألا يكون محكوما عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، وألا يكون مشهوراً بسوء السيرة ، وأن تكون له وسيلة مشروعة للتعيش وألا يكون محكوما بافلاسه ، وألا يكون قد حكم بسلب ولايته أو عزل من الولاية على قاصر آخر ، وألا يكون الأب قبل وفاته قد قرر حرمانه من التعيين متى بنى الحرمان على أسباب قوية تبرر ذلك . وألا يكون بين القاصر وبينه أو بين أحد أصوله أو فروعه أو زوجه نزاع قضائى أو خلاف عائلى يخشى منه على مصلحة القاصر .

تصرفات الوصى :

٩٣ — تثبت للوصى المختار ولاية جميع التصرفات الثابتة للأب ولا يخالفه إلا فى أمور أهمها :

أولا : أن الوصى لا يجوز له بيع العقار إلا إذا وجد مسوغ لذلك ، أو كان فى البيع مصلحة ظاهرة بأن يبيعه بضعف قيمته .

وقد ذكر الفقهاء ستة مسوغات لبيع العقار :

اولها : إذا احتاج القاصر إلى النفقة ولم يكن له مال ولا منقولات يمكن بيعها للإنفاق من ثمنها .

ثانيها : تسديد الديون عند عدم وجود مال ولا منقول يباع لسدادها .

ثالثها : تنفيذ الوصية إذا لم يكن هناك وسيلة أخرى لتنفيذها .

رابعها : إذا كان العقار مغصوبا ، وأراد الغاصب دفع ثمنه، ولم يكن هناك وسيلة لاسترداده .

خامسها : إذا كان إيراد العقار ضئيلا لا يكفى لتسديد نفقاته .

سادسها : إذا كان يخشى عليه من النقصان أو الضياع كالأراضى التى تكون بجوار البحار والأنهار وتتعرض لطغيان الماء عليها .

ثانياً : أن الوصى ليس له أن يبيع عقار الصغير أو منقوله لنفسه ولا أن يشترى له من نفسه عند محمد ، وله ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف إذا كان فيه مصلحة ظاهرة .

ثالثاً : أن الوصى ليس له أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من الأصول والفروع والأزواج ، ولا يشترى منهم إلا بما فيه مصلحة واضحة .

٩٤ ـــ وقد احتاط القانون المصرى لتصرفات الوصى ، ولم يوسع له دائرة التصرف كالأب أو الجد ، بل جعل أكثر تصرفاته خاضعة لإذن المحكمة، نظراً لعدم وفور شفقته ، وأوجب عليه الحصول على أذنها فى جميع التصرفات التى يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وجميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق كالقسمه أو الصلح ، وكذلك التصرفات فى المنقولات أو الحقوق الشخصيه أو الأوراق المالية عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة كبيع المحصول أو بيع ماجرى العرف ببيعه ، وأوجب عليه الاستئذان فى غير ذلك من التصرفات بنفس الروح السابقة .

ومعيار الفرق بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة ، هو المساس برأس المال أى أصل المال الذى آل إلى القاصر وما أضيف إليه من نماء ، فكل تصرف ينطوى على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عينى عليه ، يعتبر من أعمال التصرف ، وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الادارة غالبا .

استحقاق الأجر على الوصاية :

٩٥ — للفقهاء فى استحقاق أجرة على الوصاية ثلاثة آراء :

أولها : أن الوصى لايستحق أجراً على عمله ، سواء أكان غنياً أو فقيرا .

وثانيها : أن الوصى يستحق الأجر إذا كان فقيراً ، ولا يستحقه إذا كان غنياً .

وثالثها : أن الوصى يستحق أجراً سواء أكان غنيا أو فقيرا .

وقد انبنى اختلاف الفقهاء فى هذا الحكم على اختلافهم فى مدلول قوله تعالى : « ومن كان غنياً فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف(١) » .

فقال أصحاب الرأى الأول :

إن مطالبة الغنى بالاستعفاف ، ومطالبة الفقير بالأكل بالمعروف ، تدل على أن الوصى لايستحق أجراً ، غنيا كان أو فقيرا ، إلا أن الفقير يباح له الأكل فى حدود العرف ، وليس هذا الأكل أجراً . ويؤيد هذا الرأى أن عمل الوصى فى تركة القاصرين يدخل فى باب القرب التى يكون الجزاء عليها فى الآخرة لا فى الدنيا .

وقال أصحاب الرأى الثانى :

إن الآية تفرق بين الغنى والفقير ، حيث أمرت الغنى بالاستعفاف عن

---

(١) الآية السادسة : من سورة النساء .

أخذ الأجر ، ورخصت للثانى فى الأكل بالمعروف ، فكان له الأجر المتعارف .

وقال أصحاب الرأى الثالث :

إن الآية لا تمنع الوصى من أخذ أجر على عمله الذى يقوم به ؛ بل جعلت للفقير أن يأكل بالمعروف أى بمقدار جهده وأجره ، والغنى مثل الفقير فى ذلك . إلا أنها ندبت له الاستعفاف عن مال القاصر استغناء بماله حتى يكون عمله خالصاً لوجه الله .

وقد رأى المشرع المصرى أن تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين .

ومهما كان اختلاف الفقهاء فى استحقاق الأجـــر فى الدنيا ، فإن الخدمة الاجتماعيـة الصادقة للافراد والجماعات سبب لثواب الله ورضوانه ، والله لا يضيع أجر من أحسن عملا .

الزواج والطلاق فى مصر

دراسة تحليلية

الجهاز المركزى للتعبئة العامة والإحصاء

مركز الدراسات والأبحاث السكانية — فبراير ١٩٧٤

تعدد الزوجات[١] :

حيث أن تعدد الزوجات من الظواهر الجديرة بالدراسة فقد تناولناها بالتحليل فى هذه العجالة ، وبالنسبة لها فقد عرضنا المؤشرات التالية :

وفيما يلى تفصيل كل من هذه المؤشرات :

١ — السن وتعدد الزوجات عام ١٩٧١

٢ — أثر الحالة التعليمية فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١

٣ — تأثير المهنة فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١

١ — السن وتعدد الزوجات عام ١٩٧١ :

تبلغ حالات الزواج التى تمت مع وجود زوجات بالعصمة ٢٢٨٨٧ حالة بنسبة ٦٫٨٪ من جملة حالات الزواج، و ٦٤٪ من الأزواج فى هذه الحالة ينحصر عمرهم بين ٢٥ لأقل من ٤٥ سنة

وتبلغ نسبة الأزواج الذين لهم زوجة واحدة فى العصمة حوالى ٩٦٪ من جملة المتزوجين ولهم زوجات بالعصمة ،و ٦٤ ٪ من هؤلاء الأزواج ينحصر عمرهم بين ٢٥ لأقل من ٤٥ سنة ،وأكبر الحالات حدوثا فى الفئة ٣٠ لأقل من ٣٥ سنة .

---

(١) اقتصرت على ذكر أهم مايتصل بتعدد الزوجات وبالطلاق .

— وتبلغ نسبة الأزواج الذين لهم زوجتان فى العصمة حوالى ٤٪ من جملة المتزوجين ولهم زوجات بالعصمة و ٦٣٪ من هؤلاء الأزواج ينحصر عمرهم بين ٣٥ لأقل من ٥٥ سنة ،وأكثر الحالات حدوثا فى الفئة ٣٥ لأقل من ٤٠ سنة .

— ولا تكاد تذكر نسبة الأزواج الذين لهم ثلاث زوجات فى العصمة إلا أن ٦٢٪ منهم ينحصر عمرهم بين ٤٠ لأقل من ٦٠ سنة ، وأكبر الحالات حدوثا فى الفئة ٤٥ لأقل من ٥٠ سنة .

يتضح مما سبق أن ظاهرة تعدد الزوجات ليست بالظاهرة المخيفة ، وقد تكون الدوافع إليها مرض الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب ، كما يوضحه إقبال نسبة كبيرة من الازواج فى عمر مبكرة بعد اختيار الزواج الأول ، كما قد يكون أحيانا نتيجة للزواج المبكر للرجل من زوجة فى الموطن ودعت ظروف الزوج الاقتصادية الهجرة بدونها (مثل الهجرة من القرية إلى البندر) فيتخذ فى بلد المهجر زوجة أخرى ، كما قد تكون ظروف الزوج التعليمية أصبحت لا تتناسب مع زوجته الأولى فيضطر للزواج ثانية .

ومن ناحية أخرى يتضح ارتفاع عمر الزوج مع زيادة عدد الزوجات اللاتى فى العصمة ، ويتمشى مع هذا التوضيح ماوصلت له قيمة المنوال للعلاقة بين عمر الزوج وعدد الزوجات اللاتى فى العصمة عند العقد ، فهو لمن له زوجة واحدة فى العصمة يقع عند العمر ٣٤ سنة أى فى الفئة ٣٠ لأقل من ٣٥ سنة أى بعد حوالى ٦ سنوات من أول زواج فى حياته ، ولمن له زوجتان فى العصمة يقع عند العمر ٣٩ سنة أى فى الفئة ٣٥ لأقل من ٤٠ سنة وهو نسبياً يعتبر فى السنوات العشر الأولى من زواجه الأول ، ولمن له ثلاث زوجات بالعصمة يقع عند العمر ٤٤ أى فى الفئة ٤٠ لأقل من ٤٥ سنة .

٢ — أثر الحالة التعليمية فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١ :

من جملة حالات تعدد الزوجات تبلغ نسبة من يجيدون القراءة والكتابة من

الأزواج ٤٨٫٩ ٪ ثم الاميون (بما فيهم من يقرأون فقط) ونسبتهم ٤٦٫٥ ٪ ثم حملة الشهادات المتوسطه بنسبة ٢٫٨ ٪ ثم حملة الشهادات والدرجات العلمية العليا بنسبة ١٫٤ ٪ وحملة الشهادات فوق المتوسطة ٠٫٣ ٪ وغير المبين ٠٫١ ٪ .

وفيما يختص بالذين تزوجوا وفى عصمتهم زوجة واحدة ، نجد أن نسبة من يجيدون القراءة والكتابة ٤٩ ٪ منهم ، والاميين ٤٦ ٪ ، وحاملى الشهادات المتوسطة ٢٫٨ ٪ .

وفيما يختص بالذين تزوجوا وفى عصمتهم زوجتان نجد أن نسبة من يجيدون القراءة والكتابة ٤٦ ٪ تقريباً منهم ، والأميين ٥٣ ٪ .

وفيما يختص بالذين تزوجوا وفى عصمتهم ثلاث زوجات ، نجد أن نسبة من يجيدون القراءة والكتابة ٥١ ٪ منهم ، والأميين ٤٧ ٪ .

ويتضح مما سبق أن الأميين ومن يجيدون القراءة والكتابة الذين يمارسون تعدد الزوجات تبلغ نسبتهم من جملة الحالات ٩٥٫٤ ٪ فى حين تبلغ نسبة حملة المؤهلات ما لا يزيد عن ٤٫٥ ٪ من جملة الحالات ، ومن الجدير بالذكر أن نسبة الأميين ومن يجيدون القراءة والكتابة المتزوجين فى جملة الجمهورية تبلغ ٩٢٫٩ ٪ وحملة المؤهلات ٧٫١ ٪ (حسبما جاء فى نتائج تعداد ١٩٦٦) وهذا يؤكد ارتباط ظاهرة تعدد الزوجات بدرجة التعليم .

٣ — تأثير المهنة فى تعدد الزوجات عام ١٩٧١ :

يمثل الازواج المنتمون إلى أقسام المهن الآتية : الزراعة والصيد وتربية الحيوانات و « عمال الانتاج » و « تشغيل وسائل النقل والفعلة » و « عمال الخدمات » و « القائمون بأعمال البيع » حوالى ٧٩ ٪ من جملة حالات تعدد الزجات ، كما يلى :

٤١ ٪ من العاملين بالزراعة ، ومن هؤلاء ٦٨ ٪ عمال زراعة وتربية حيوانات ، ٣٠ ٪ فلاحين ومزارعين .

٢١٪ من عمال « التشغيل » ومن هؤلاء ٢٣٪ عمال تشغيل وسائل نقل ، ١١٪ عمال تركيب وصيانة الأجهزة الدقيقة عدا الكهربائية .

٩٪ عمال تجهيز الأغذية والمشروبات ، ٩٪ من العاملين بالخدمات . ومن هؤلاء ٣٥٪ بخدمات الأمن والوقاية ، ٢٨٪ فى رعاية ونظافة المبانى ، ١٥٪ طهاة وجرسونات وسعاة .

٨٪ من عمال البيع — ومن هؤلاء ٧٢٪ أصحاب أعمال تجارة الجملة والتجزئة .

كما يمثل الأزواج المنتمون إلى أقسام المهن الآتية : « الأعمال الكتابية » و « المهن الفنية والعلمية ومن إليهم » و « المديرون والإداريون ومديرو الأعمال » حوالى ٩٪ من جملة حالات تعدد الزوجات كما يلى :

٥٪ من القائمين بالأعمال الكتابية - ومن هؤلاء ٦١٪ موظفون تنفيذيون فى الحكومة .

٣٪ من أصحاب المهن الفنية والعلمية — ومن هؤلاء ٢٧٪ رجال دين ، ٢٦٪ مدرسون .

١٪ من المديرين والاداريين . هذه النسبة مناصفة بين الفئتين .

ويتضح مما سبق ، أن ظاهرة تعدد الزوجات تكاد تنحصر بين المهن العمالية التى لا تحظى بقسط وافر من التعليم .

٤ — الطلاق فى مصر مقارنا بدول العالم الاخرى :

بلغ عدد إشهادات الطلاق فى عام ١٩٧١ — ٧٠٧٣٦ إشهاداً بمعدل ١ر٢٪ وبزيادة قدرها ١٩٢٦ عن العام السابق ١٩٧٠ والذى بلغ معدله اثنين لكل ألف من السكان . ويعتبر معدل الطلاق فى جمهورية مصر العربية من المعدلات المرتفعة

نسبيا إذا ماقورن بمعدلات دول العالم كما هو واضح من الجدول التالى عن عام ١٩٧١ :

الدول	معدل الطلاق	الرقم القياسى
جمهورية مصر العربية	١ر٢	١٠٠
لبنان	ر٤٨	٢٢ر٨٥
سوريا	ر٥٧	٢٧ر١٤
الكويت	١ر٤٣	٦٨ر١٠
الولايات المتحدة	٣ر٧٢	١٧٧ر١٤
كوبا	٣ر٢٠	١٥٢ر٣٨
النمسا	١ر٣٤	٦٣ر٨١
إيطاليا	ر٧٥	٣٥ر٧١
المملكة المتحدة	١ر٤٧	٧٠ر٠٠
الاتحاد السوفيتى	٢ر٦٣	١٢٥ر٢٤

فيلاحظ أنه يزيد عن معدلات الطلاق بكل من لبنان وسوريا والكويت بنسب ٧٧٪ ، ٧٣٪ ، ٣٢٪ على التوالى (ومع ذلك فان بعضاً من نقص معدلات الطلاق بهذه الدول قد يكون راجعا إلى نقص التسجيل فيها) كما يزيد معدل الطلاق بمصر عن كل من المملكة المتحدة والنمسا وإيطاليا بنسب ٣٠٪ ، ٣٦٪ ، ٦٤٪ على التوالى .

وهناك دول غير إسلامية ليست بالقليلة يزيد معدل الطلاق فيها عن معدل مصر ، من ذلك الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتى ، ويبلغ مقدار زيادة معدليهما عن معدل مصر ٧٧٪ ، ٣٥٪ على التوالى .

وتتجه معدلات الطلاق فى جمهورية مصر العربية إلى الانخفاض بدرجة ملموسة . ومن مقارنة متوسط معدلات الطلاق لسنوات خمسية تبين أنها بلغت ٣ لكل ألف من السكان للسنوات ١٩٥١ — ١٩٥٥ ، وانخفضت ٥ر٢٪ للسنوات ١٩٥٦ — ١٩٦٠ وإلى ٢ر٢٪ للسنوات ١٩٦١ — ١٩٦٥ ثم إلى

٠٢ر٠٪ للسنوات ١٩٦٦ — ١٩٧٠ أى أنه فى خلال عشرين عاما انخفض متوسط المعدل بنسبة الثلث تقريبا .

٥ — الحالة التعليمية وأثرها على الطلاق :

تبين من الدراسة أن ثلاثة أرباع المطلقات من الأميات «٠٩ر٧٥٪» ونحو الخمس حالتهن التعليمية «تقرأ وتكتب» ، أما المطلقات من حملة الدرجات الجامعية أو مايعادلها فان نسبتهن ضئيلة جدا إذ بلغت ٥٢ر٪ من مجموع عدد المطلقات .

ونسبة كبيرة «٥١٪» ممن طلقوا (الرجال) فى خلال عام ١٩٧١ كان مستواهم التعليمى «يقرأ ويكتب» .

أما الأميون فنسبتهم ٠٥ر٣٥٪ وحملة الدرجات الجامعية ٠٤ر٣٪ وذلك كما هو موضح بالجدول التالى :

التوزيع النسبى للمطلقين والمطلقات خلال عام ١٩٧١ حسب الحالة التعليمية

الحالة التعليمية	المطلقون	المطلقات
أمى «أمية»	٠٥ر٣٥	٠٩ر٧٥
يقرأ فقط «تقرأ فقط»	٥١ر٣	٦٢ر١
يقرأ ويكتب «تقرأ وتكتب»	٠٠ر٥١	٣١ر١٩
مؤهل أقل من المتوسط	١٢ر٢	٩٨ر٠
مؤهل متوسط وفوق المتوسط	٢٨ر٥	٤٨ر٢
درجة جامعية «أو مايعادلها»	٠٤ر٣	٥٢ر٠
الجملة	٠٠ر١٠٠	٠٠ر١٠٠

٦ — الطلاق والأبناء :

مامن شك فى أن وجود الأبنـــاء من العوامل التى تدعو كلا من الزوج والزوجة إلى التروى ومحاولة معالجة ماينشأ من خلافات بينهما قبل أن يستفحل الأمر وينتهى بالطلاق ، فتتصدع الأسرة ويلحق بالأبناء أضرار عديدة .

وقد تبين أن نسبة كبيرة من الزوجات اللاتى طلقن فى خلال عام ١٩٧١ لم يكن لديهم أبناء أحياء من المطلق عند الطلاق ، وقد بلغت هذه النسبة ٦٩ ٪ من مجمـــوع إشهادت الطلاق ، كما بلغت نسبة من كان لديهـا ابن أو بنت واحدة ١٣ ٪ .

أما الأسرة التى حدث بهـا طلاق ولديهـا أكثر من ابن أو بنت من المطلق فلم تتجاوز نسبتها ١٨ ٪ .

وقد بلغ متوسـط عدد الأبناء من المطلق عنـد الطلاق لجملة الأسر ٧٦ر٠ ويختلف هذا المتوسط باختلاف سن المطلقة وهو يتزايد بتزايد فئات السن إلى أن يبلغ أقصاه ٢٨ر٣ ٪ للمطلقات سن ٤٥ – ٤٩ أى نهـاية سن الحمل والإنجاب ، ثم يتناقض متوسـط عدد الأبناء بعـد ذلك بزيادة سن المطلقة لمـا يتعرض له الابناء من عوامل الوفاة ، دون تعويض بإنجـاب أبنـاء جدد ، وذلك كما هو موضح بالجدول التالى :

متوسط عدد الأبناء الأحياء للمطلقات حسب فئات السن ١٩٧١

فئات سن المطلقة	متوسط عدد الأبناء الأحياء
أقل من ٢٠	٠٧ر
٢٠ —	٣٢ر٠
٢٥ —	٦٤ر٠
٣٠ —	٨٦ر٠
٣٥ —	٣١ر١
٤٠ —	٩٤ر١
٤٥ —	٢٨ر٢
٥٠ -	٠٨ر٢
٥٥ —	٠٠ر٣
٦٠ —	٥٠ر١
٦٥ —	٠٨ر١
٧٠ —	٩٢ر١
٧٥ فأكثر	٥٠ر٠
الجملة	٧٦ر

أنواع الطلاق ثلاث وهى :

— الطلاق البائن بينونة صغرى .

— الطلاق الرجعى .

— الطلاق البائن بينونة كبرى .

وقد بلغ عدد إشهادات الطلاق البائن بينونة صغرى خلال عام ١٩٧١ نحو ٥٠٠٠٠ بنسبة ٧١٪ من مجموع إشهادات العام ، يلى ذلك الطلاق الرجعى بنسبة ٢٧٪ ثم الطلاق البائن بينونة كبرى وقد بلغ عدد حالاته نحو ١٥٠٠ بنسبة ٣٪ ؛ ويشهد ذلك إلى مايلى :

١ — الغالبية العظمى من حالات الطلاق هى النوع البائن بينونة صغرى، حيث يحق المطلق أن يعيد مطلقته ولكن بشرط موافقتها على ذلك وبعقد ومهر جديدين .

٢ — أكثر قليلا من ربع حالات الطلاق هى من النوع الرجعى وفيه يملك المطلق أن يراجع مطلقته قسراً عنها .

وعلى ذلك فان ٩٨٪ من إشهادات الطلاق يمكن أن تعود فيها الحياة الزوجية بين المطلق والمطلقة إذا ماسويت أسباب الخلاف بين الطرفين .

٣ — الطلاق البائن بينونة كبرى نسبته صغيرة جداً (٢٪) وفيه لا يملك المطلق إعادة مطلقته إلا بعد زواجها من آخر زواجا شرعياً صحيحا مقرونا بتمام الدخول ثم الطلاق منه وانقضاء مدة العدة .

والجدير بالذكر أن نسبة ماتم من هذا النوع من الطلاق بمحافظتى القاهرة والاسكندرية تبلغ نحو ٤٧٪ من جملة الجمهورية .

قرار رئيس جمهورية مصر العربية

بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية :

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

بعد الاطلاع على الدستور .

وعلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية .

وعلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

وعلى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وعلى القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ باصدار القانون المدنى .

وعلى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وعلى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر :

وعلى موافقة مجلس الوزراء .

وبناء على ما ارتآه مجلس الدولة .

قرر القانون الآتى :

(المادة الأولى)

تضاف إلى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ موادجديدة بأرقام (٥ مكررا) ، (٦ مكرراً) ، (٦ مكررا ثانياً) ، (١٨ مكررا) ، (١٨ مكررا ثانيا) ، (٢٣ مكررا) تكون نصوصها كالآتى :

مادة : (٥ مكررا) :

يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق اشهاد طلاقه لدى الموثق المختص .

وتترتب آثار الطلاق بالنسبة الزوجة من تاريخ علمها به .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو فى محل إقامتها الذى يرشد عنه المطلق ، وعلى الموثق تسليم نسخة اشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

مادة : (٦ مكررا) :

على الزوج أن يقدم للموثق اقرار كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية ، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الاقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

ويعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن اشترطت عليه فى عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك اخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها .

ويسقط حق الزوجة فى طلب التفريق بمضى سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا .

مادة : (٦ مكررا ثانيا) .

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع .

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعليه أن يبين فى هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هـذا أمام المحـكمة الابتدائية فى خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الاعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم فى الميعاد .

وعلى المحـكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحـكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ إلى ١١ من هذا القانون .

مادة : (١٨ مكررا) :

الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومـدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط .

مادة . (١٨ مكررا ثانيا) :

إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تـكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الـكسب المناسب ، فان أتمها عاجزا عن الـكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الـكسب إستمرت نفقته على أبيه .

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقـدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم .

مادة : (٢٣ مكررا)

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أياً من الأحكام المنصوص عليها في المادة الخامسة مكررا من هذا القانون أو أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها إذا أخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة .

(المادة الثانية)

يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسايل الأحوال الشخصية النص الآتى :

« تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما ، موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها النفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج .

ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية — بدون إذن زوجها — فى الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

(المادة الثالثة)

يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦ ، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية :

مادة : (٧) .

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين ان أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة : (٨) .

(ا) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك . وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة شهور فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

مادة : (٩) .

لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

مادة : (١٠) .

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١ — فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقه بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

٢ — وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .

٣ — وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ — وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل .

مادة : (١١) .

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها . فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (٨) :

وإذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الاثبات ، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق ، قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض .

مادة : (١٦) .

تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على

ألا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

وعلى القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقته (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائيا بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

مادة : (٢٠) .

ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك .

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا ، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا ، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء ، مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :

الأم ، فأم الأم وإن علت ، فأم الأب وإن علت ، فالأخوات الشقيقات ،

فالأخوات لأم ، فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة ، فبنت الأخت لأم فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات ، فبنت الأخت لأب ، فبنات الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور فعمات الأم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق فى الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتى :

الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم .

(المادة الرابعة)

للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ، ما لم يهيء المطلق مسكنا آخر مناسبا ، فاذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار إليهما فى الفقرة السابقة .

ويجوز للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائيا

(المادة الخامسة)

على المحاكم الجزئية أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها

من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون، وذلك بالحالة التى تكون عليها ، وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى .

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون .

(المادة السادسة)

يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القرار .

(المادة السابعة)

ينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ويكون له قوة القانون ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

المذكرة الإيضاحية

للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية

الأسرة أساس المجتمع لأنه يتكون من مجموعة من الأسر يرتبط بعضها ببعض ويقوى المجتمع ويضعف بقدر تماسك الأسر التى يتكون منها أو انفصامها، وكلما قويت الأسرة اشتد ساعد المجتمع وإذا تفرقت وانحلت روابطها تدهورت الأمة . ولقد عنى القرآن الكريم بترابط الأسرة وتأكيد المودة والرحمة بين أفرادها ، فارشد إلى أن الناس جميعا أصلهم واحد خلقهم الله من ذكر وأنثى : ووجه إلى أهمية رباط الاسرة فى قوله تعالى : (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم) من الاية رقم ١٣ من سورة الحجرات ، وهذه الاية الكريمة ترشدنا إلى أن الزواج هو أصل الاسرة به تتكون وفى ظلله تنمو .

ومن هنا أخذت العلاقة الزوجية حظا وافرا فى الشريعة الإسلامية فقد عنى بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فجاءت آيات القرآن مبينة أحكامها داعية للحفاظ عليها (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات . . .) من الاية ٧٢ من سورة النحل ، (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها) الآية ٢١ من سورة الروم .

والزواج عهد وميثاق ميزه الإسلام عن سائر العقود فلا يجرى على نفسها ولا يقاس عليها فقد جعله القرآن ميثاقا غليظا : (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا أتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا) من الاية (٢٠ من سورة النساء) .

وبهذا الميثاق الحق الله عقد الزواج بالعبادات فإن المتتبع لكلمة (ميثاق) ومواضعها فى القرآن الكريم لا يكاد يجدها إلا حيث يامر الله بعبادته وتوحيده والاخذ بشرائعه وأحكامه، وبعد أن وصف الله الزواج بانه ميثاق غليظ بين الزوجين ، صور الخلطة بين طرفيه فقال : (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) من الاية رقم ١٧ من سورة البقرة ، وكانت أهم عناصر الامتزاج بينهما السكن والمودة والرحمة . ثم امتن الله على الناس بان ثمرة هذا الرباط المحاط بكل هذه المواثيق البنون والأحفاد ليعمروا الارض ، وليعبدوا الله .

وإذا كانت شريعة الإسلام تعلو كل الشرائع لانها من الله وإذا كانت قواعدها وأصولها قد قطعت فى أمور رأت أنها ثابتة لا تتغير فإنها فى أمور قد وضعت ضوابط عامة تدور فى نطاقها الاحكام وفقا لتطور الازمان وتغاير الاحداث وناطت بولى أمر المسلمين أن يشرع لهم — فى نطاق أصول الشريعة — مايصلح به حالهم وتستقيم معه قناتهم .

وإذا كانت مذاهب فقه الشريعة الاسلامية قد أثرت الفقه التشريعى استنباطا من القرآن الكريم والسنة والشريفة ، فان اختلاف الفقهاء لم يكن على حكم قطعى وإنما كان مرده إلى أصول الاستنباط وقواعده وفى المسائل التى للاجتهاد فيها النصيب الاوفى .

ولما كانت مسائل الاسرة محكومة منذ تنظيم المحاكم الشرعية فى مصر بالقواعد التى بينتها المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب هذه المحاكم والتى جرى نصها بان :

تصدر الاحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولارجح الاقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الاحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الاحكام طبقا لتلك القواعد .

وأخذا بسنة التطور التشريعى سبق أن صدر القانونان رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض الاحكام الخاصة بالنفقة والعدة والطلاق والمفقود أخذا من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفى .

ولقد مضى على صدور هذين القانونين قرابة الخمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والادبى التى انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الامر الذى حمل القضاة عبئا كبير فى تخريج أحكام للحوادث التى تعرض عليهم وقد كشف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن الاحوال التى استحدثت فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لاى فرد من أفراد الاسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق على ما يبين فيما بعد .

الطـــلاق

إن القرآن الكريم قد اختص الزوج بالطلاق وحل عقد الزواج فقد أسندت الايات العديدة الطلاق إلى الرجال ووجهت الخطاب إليهم ومنها الايات أرقام ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ من سورة البقرة ، ٤٩ من سورة الاحزاب والاية الاولى من سورة الطلاق والخامسة من سورة التحريم ، ومع هذا الاختصاص قال الرسول ﷺ (إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق) مرشدا بهذا إلى أن على الزوج ألا يلجأ إلى حل الوثاق بالطلاق إلا عند استحكام الشقاق فهو إلى باب الكراهة أقرب .

ولما كان قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الازواج قد لجاوا

إلى إيقاع الطلاق فى غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره وفى هـذا إضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر ، بل أن بعض الازواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتى الطلاق لديه متظاهرا للزوجة باستدامتها حتى إذاما وقع خلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهرا إياه فى وجهها محاولا به إسقاط حقوقها ، وليس هذا بدعا جديدا فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الاقرار من الزوج بحدوث الطلاق فقالوا : لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجرا له بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعـد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الاقرار ولا يمتد بإسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار للحصكفى وحاشية رد المختار لابن عابدين الجزء الثانى فى باب العدة) .

وبناء على هـذا ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق إشهادات الطلاق بين الأزواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقارى بالأزواج إذا اختلفت جنسياتهم أودياناتهم، رأى المشروع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتتابع المشاكل بين الزوجين إذا أخفى الطلاق ، فأوجبت المـادة (٥ مكررا) على المطلق متى أوقع الطلاق أو رغب فى إيقاعه أن يبادر إلى توثيقه بإثباته بإشهاد لدى الموثق المختص ، ورتبت هذه المادة فى فقرتها الثانية آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به أخـذا مما قرره فقهاء الحنفية فى حالة ما إذا كتم الزوج طلاق الزوجة وأخفاه عنها .

ثم فصل نص هذه المادة طرق علم الزوجة بالطلاق وفوض وزير العدل فى وضع الإجراءات المنفذة لمـا جاء بها من أحكام . هذا وليس فى إيجاب توثيق الطلاق ولا فى تنظيم طريق العلم به أى قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله للزوج ، كما لا تشكل تلك الإجراءات أى قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق غير أن آثارها بالنسبة للزوجة فى حالة إخفائه ألا تبـدأ إلا من تاريخ علمها به .

الطلاق للضرر

سبق أن قررت المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مبدأ الطلاق للضرر فقالت :

إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بمـا لا يستطاع معه دوام العشرة بين

أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك ومثله فى مذهب الإمام أحمد ابن حنبل رضى الله عنهما وخالف فى هذا المبدأ الإمامان أبو حنيفة والشافعى رضى الله عنهما .

والاصل فى جواز التطليق للضرر قوله تعالى : (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما) من الاية رقم ٣٥ من سورة النساء .

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق فى الإصلاح أو التفريق وأن على القاضى أن يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على بن أبى طالب وعبد الله ابن عباس ولم يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول ﷺ إذ قال (لا ضرر ولا ضرار) كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم فى مثل قوله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) من الاية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ، وإذا فات الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان .

ولما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية فان المشروع رأى اعتبار الجمع من قبيل إيذاء الزوجة السابقة فأعطاها الحق فى طلب التفريق مالم ترض به كما أعطاها هذا الحق إذا أخفى الزوج عنها وقت الزواج أنه متزوج .

وما اختاره المشروع يمتاز بأنه فى نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها وهو فى الوقت ذاته لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات إلا برضا الزوجات أنفسهن .

ومستند هذا ما أوضحه ابن القيم تخريجا على قواعد الامام أحمد رحمه الله وقواعد فقه أهل المدينة .

وبناء على هذا جاء الحكم المبين فى الفقرة الثانية من المادة (٦ مكررا) مبينا أن من الأضرار التى ترخص للزوجه فى طلب التطليق من زوجها اقترانه بغيرها دون رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد زواجهما ، ومن هذا القبيل إذا أخفى الزوج على الزوج الجديدة أنه متزوج بغيرها فإنه يكون حقا لها أن تطلب التطليق عليه كما إذا تزوج عليها دون رضاها .

ولم يترك هذا النص الأمر مطلقا تستعمله الزوجة المتضررة حسبما تشاء وفى الوقت الذى تريد بل غياه بسنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بالبقاء على عصمته بعده صراحة أو ضمنا .

وضمانا لعلم الزوجة بقيام هذا السبب أوجب النص فى فقرته الأولى على الرجل عند عقد زواجه أن يقدم إقرارا كتابيا للموثق يضمنه حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى على عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهن وأوجب على الموثق إخطار أولئك الزوجات بالزواج الجديد بكتاب موصى عليه .

حق الطاعة

لما كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة ، فحين ألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته فى حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة فى مسكن الزوجية الذى هيأه لها الزوج امتثالا لقول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل فى الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت عن طاعة الزوج فانها تكون ناشزا وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع .

وتنظيما لهذا جاءت المادة (٦ مكررا ثانياً) حيث قضت بأن امتناع الزوجة

عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع، وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة على يد محضر وعلى الزوج أن يبين فى هذا الإعلان المسكن .

ثم أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين فى صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعة زوجها، وإذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله .

وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ إعلان الزوج إلى الزوجة بالعودة إلى المسكن ، وإذا لم تعترض فى الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة حتما من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم إذا ما استوفى الاعتراض شكله القانونى وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لإنهاء النزاع صلحا بين الطرفين من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما، والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ومؤدى هذا أن لها أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب إذا بان لها ان المسكن الذى حدده الزوج فى الإعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعاً أو عرفا ، فإذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت إجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ — ١١ من هذا القانون .

وقد أبانت هذه المواد الشروط الواجب توافرها فى الحكمين وأن يشمل قرار بعثهما على تاريخ بدء وانتهاء ماموريتهما على أن تجاوز المدة ستة أشهر وعلى المحكمة إخطار الحكمين والخصوم بمنطوق قرارها وتحليف كل من الحكمين اليمين بان يقوم بمهمته بعدل وأمانة ويجوز للمحكمة أن تعطى الحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر .

والأصل فى بعث الحكمين قول الله سبحانه: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا

حكما من أهله وحكما من أهلها) فإن هذه الآية قد رسمت طريق تسوية الشقاق بين الزوجين .

ولا يغيب عن البال أن الأحكام المبينة فى المواد من ٧ — ١١ من هذا المشروع تطبق فى الحالة المبينة فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفى المادة السادسة مكررا بهذا المشروع ، ذلك أنه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم فى التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل فى الأنزعة الخاصة بالطلاق للضرر ، بل أن تلك الأحكام كانت لا تنتهى بالنزاع إلى نتيجة حاسمة وقد تفادى المشروع فى المادتين ٨ ، ٩ كثيرا من مساوىء القانون القائم فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الأرجاء ويمنع عرقلة عمل الحكمين ثم بين فى المادة العاشرة ما يتبعه الحكمان عندالعجز عن الإصلاح من حيث التفريق والنتائج المالية وتفاديا لإطالة أمد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشروع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأى الأكثرية ، وعند اختلافهما فى الرأى أو عدم تقديم التقرير فى الميعاد تسير المحكمة فى الإثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح فى المادة ١١ .

وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فإن القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار فى هذا الزمان أمراً ضروريا كوسيلة لإظهار الحق ورفع الضرر ، على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد (تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٥ ص ١٦٨ وما بعدها) .

وإذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها التعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتض .

وهذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الإمام مالك إما نصا وإما مخرجة على نصوصه .

المتعة للمطلقة بعد الدخول

لما كان من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول، وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهى مستحبة ولا يقضى بها .

وإذ قد تراخت المروءة فى هذا الزمن وانعدمت لا سيما بين الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما، وأصبحت المطلقة فى حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق ، وفى المتعة ما يحقق المعونة ، وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق .

وإذا كان الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من من المروءة التى تطلبتها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعى الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا (المهذب للشيرازى فقه شافعى ج٢ ص ٦٧ — ٦٨ والمحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٤٥ — ٢٤٩) .

وعلى هذا وضع نص المادة ١٨ مكررا بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى أساءة استعمال هذا الحق ووضعه فى موضعه ولا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين ، وتخفيفا على المطلق فى الأداء أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط .

نفقة الصغير

فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أقوال وتفاصيل فى استحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طالبه ، وتبعا لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم .

ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء أكان دينيا أو دنيويا ، وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء ، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته ، وقد يكون الملزم بالنفقة أحد الأبوين أو غيرهما من الأقارب ، وتعليم الولد أيا كان ذكراً كان أو أنثى يراعى فيه وسع أبيه وما يليق بمثله ولا يلزم الإنسان بتعليم ابن أخيه مثلا إلى المستوى الواجب لابنه .

من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزاً حكما موجبا للنفقة إذا كان تعليما لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيدا فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الانفاق عليه فى التعليم . ونفقة الأنثى على أبيها حتى تتزوج أو تتكسب ما يفى بنفقتها لأن الانوثة فى ذاتها عجز حكمى .

ولا مراء فى أن نفقة الاولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثاله وتشمل النفقة توفير المسكن لهم .

تعزير المطلق إذا أخل بواجبانه المبينة فى هذا المشروع

التعزير عقوبة مفوضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى ويختلف باختلاف الجريمة ، وأجاز الفقهاء التعزير بالحبس ويجوز أن يكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الامام

أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجيزت فى مواضع من مذهب الإمام أحمد .

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصول سنده إليها من المصالح العامة ، فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به فى المادة الخامسة مكررا من هذا المشروع يكون أمرا ذا سند صحيح شرعا و كذلك الحال بالنسبة للواجبات المبينة فى المادة السادسة مكررا .

كما يعاقب الموثق أيضا إذا أخل بالتزاماته التى فرضها عليه هـذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة ٢/٢٣ مكرراً .

إذ لا يكفى فى الأمور التنظيمية تقريرها بل لا بد من حماية هـذا التنظيم حتى يؤتى ثماره .

نفقة الزوجة

قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن تجب نفقة الزوجة على زوجها من مبدأ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما موسرة كانت أو مختلفة معه فى الدين ، وهذا هو ما قضى به القانون القائم فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثم جاءت الفقرة الثانيـة من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة ، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

ولقد جاء هذا النص فى فقرته الاخيرة بما ذهب إليه مذهب الزيدية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الادوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية فى هذا الموضع .

ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله فى حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية .

ثم أبان المشروع فى الفقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة فى حالة ارتدادها عن الإسلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسها الزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياؤها من القرار فى بيت زوجها .

كما أفصح المشروع عن الاحوال التى لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن زوجها سبباً مسقطاً لنفقتها ، عليه فقال انها الاحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضى لطلب حقها ، كذلك خروجها لقضاء حوائجها التى يقضى بها العرف كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض أو تقضى به الضرورة كإشراف المنزل على الانهدام أو الحريق أو إذا أعسر بنفقتها ، ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها .

وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغنى عن البيان أن الفصل عند الخلاف فى كل ذلك للقاضى .

ثم فى الفقرة السادسة نص المشروع على أن نفقة الزوجة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالاداء أو الابراء وهذا هو الحكم القائم وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعى .

النفقة المتجمدة

أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ذلك لان فى إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة عن تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة ، كما أن المدة التى كانت مقررة فى المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهى ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذا يمكنه المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضى عليه سنة فأكثر .

وظاهر أن الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق .

ولما كانت المقاصة جائزة بين أرباب الديون وقد تكون الزوجة مدينه لزوجها فإنه حماية لحقها فى الحصول على ما يفى بحاجتها وقوام حياتها نص المشروع على ألا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين للزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها ، كما أن امتياز دين نفقة الزوجة عند تزاحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع امر تقرره قواعد فقه المذهب الحنفى وهذا ما قررته الفقرة الاخيرة فى هذه المادة .

قواعد تقدير نفقة الزوجة

جاءت المادة ١٦ من المشروع بهذه القواعد فنصت على ان تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا او عسرا على الا تقل فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

ومن هذا يظهر أن المناط اصلا فى تقدير النفقة هو حال الزوج المالية فى اليسر والعسر وهذا أمر نسبى، غاية الأمر أن النفقة إذا كانت عن مدة ماضية على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء .

وهذا إذا كان قد حدث تغير فى الحالة الماليـة . والقدر الذى يفى بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه فى العرف القضائى بنفقة الفقراء ، لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى(لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) من الآية السابعة من سورة الطلاق .

ثم قرر المشروع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على القاضى فى حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة فى مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

والملحوظ فى هذا هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضى دون أن يكون لها مورد تعيش منه فكان من واجبات القاضى أن يبادر إلى تقرير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يفى بحاجتها الضرورية فى ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة ما دامت قد توافرت أمامه أسـباب استحقاق الزوجة للنفقة وتحققت الشروط .

هذا الحكم المؤقت نافذ فورا إلى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة فى الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ماهو وارد فى نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى هذا الموضع ، ثم رخص المشروع للزوج فى حال سداده نفقة لزوجته بمقتضى الحكم المؤقت أن يجرى المقاصة بين ما أداه فعلا وبين المحكوم به عليه نهائيا على ألا يقل ما يبقى للزوجة وتقبضه فعلا عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

الحضانة

كان العمل جاريا على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إذا رأى مصلحته فى ذلك إلى التاسعة وأن تنتهى حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة إلا إذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله إبقاؤها حتى الحادية عشرة .

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ، ومن أجل هذا ارتأى المشروع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز القاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الإمام مالك فى هذا الموضع، على أنه فى حال إبقائهما فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة الحق فى اقتضاء أجرة حضانة وإنما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه .

كما أن وجود الولد ذكرا كان أو أنثى فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما فإن عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانات الأب .

ثم نص المشروع على حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير أو الصغيرة وأثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الآباء .

وإذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية اتفاقا نظمها القاضى بشرط ألا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا كأقسام الشرطة، وحق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة مقرر شرعا لأنه من باب صلة الأرحام التى أمر الله بها (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) من الآية رقم ٧٥ من سورة الأنفال، ثم منع المشروع تنفيذ حكم الرؤية جبرا وبالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد، فإذا امتنع من بيده الولد عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر انذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من اصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ولا مراء فى أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونا وبالقوة الجبرية بالاعمال بالمادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم بين المشروع ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة وذوى الارحام على نحو ما هو مقرر فى النص وما هو جار به العمل وفقا لفقه المذهب الحنفى .

مسكن الحضانة

إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم او ينفرد به المطلق باعتبار انه المتعاقد ؟ وحين نعود لاقوال الفقهاء نجد انهم قالوا : ان من لها امساك الولد وليس لها مسكن فإن على الاب سكناهما جميعا (الدر المختار للحصكفى فقه حنفى فى كتاب الحضانة) .

وإذا كان ذلك فإن للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد لها المطلق مسكنا آخر مناسبا حتى إذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

ونص المشروع على اختصاص المحكمة الابتدائيه بالفصل فى الطلبين المشار إليهما فى الفقرة الاولى من المادة الرابعة من المشروع .

وأجازت الفقرة الاخيرة من هذه المادة للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائيا فى النزاع .

حكم وقتى

ولما كانت دعاوى الطاعة المنظورة أمام المحاكم الجزئية وقت العمل بهذا القانون سواء أكانت دعاوى أصلية أو معارضات فى أحكام سبق صدورها غيابيا أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية فإنه يتعين على المحاكم الجزئية إحالتها بالحالة التى تكون عليها وإعلان الغائب من الخصوم بأمر الإحالة مع تكليفه الحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى ولا يسرى هذا الحكم على الدعاوى المحكوم فيها نهائيا وتبقى خاضعة للأحكام التى كانت جارية قبل العمل بهذا القانون .

وبديهى ان يلغى كل ما يخالف الأحكام المقررة ضمن هذا القانون ومن ثم جاءت المادة السادسة مقررة لهذا الحكم .

ومما يجب التنويه به انه إذا دعت الحاجة لاستجلاء وجه بعض تلك النصوص وجب الرجوع لمصادرها التشريعية سالفة الذكر وان الاصل دائما هو الفقه الحنفى .

وأتشرف بعرض مشروع القرار بقانون المرافق بتعديل بعض احكام قانون الاحوال الشخصية على هذا الوجه حتى إذا حاز موافقة مجلس الوزراء اتخذت اجراءات استصداره .

١٧ / ٦ / ١٩٧٩

وزيرة
الشئون والتأمينات الاجتماعية
دكتورة / آمال عثمان

فهرس

دار الشباب للطباعة
مطابع العباسية بالقاهرة
ت ٨٣٩٧٣٠

المؤلف

ـ أول دفعته ، فى الحياة الدراسية ، من المرحلة الأولى فى القرية ، وكان أول الشهادة العالية لكلية الشريعة بجامعة الأزهر سنة ١٩٤٦ ، وأول دبلوم الدراسات القانونية للأزهريين والحقوقيين بمعهد الدراسات العربية العالية التابع لجامعة الدول العربية وقت اشراف أستاذ أجيال القانونيين الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، وأول الشهادة العالمية مع الاجازة فى القضاء الشرعى ، والشهادة العالمية مع الاجازة فى التدريس من كلية اللغة العربية.

ـ كان مدرسا وأمينا للفتوى بالأزهر ، وسكرتيراً لتحرير مجلته .

ـ ثم تدرج فى عضوية هيئة التدريس بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ـ فرع الخرطوم ، ثم بكلية الحقوق (الأم) بجامعة القاهرة : مدرساً ، فأستاذاً مساعداً ، فأستاذاً ، فأستاذ كرسى ، ورئيساً لقسم الشريعة الإسلامية ، ومشرفاً على أقسام الشريعة بكليات الحقوق بجامعات : المنصورة ـ الزقازيق ـ أكاديمية الشرطة ـ المعهد العالى للدراسات الإسلامية التابع لوزارة التعليم العالى .

ـ خبير بمجمع اللغة العربية بالقاهرة . ـ خبير بمجلس الشعب .

ـ عضو لجنة الفقهاء بمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر .

ـ عمل أستاذاً مقيماً بمعهد الدراسات العربية العالية بالقاهرة والتابع للجامعة العربية .

ـ عمل محاضرا للدبلوماسيين المصريين والعرب بمعهد الدراسات الدبلوماسية التابع لوزارة الخارجية ، فى المبادىء الإسلامية للقانون الدولى ، والمذاهب والفرق الإسلامية ، والأحكام التى تلزم القناصل فى أحكام الأسرة .

ـ عمل محاضرا بمعهد التخطيط القومى ، وبمعهد ضباط الشرطة ، وبكلية الدراسات العليا للشرطة .

ـ كان أستاذا للفقه الاسلامى وأصوله ، ورئيساً لقسم الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت لمدة أربع سنوات فى مرحلة انشائه .

كان عضوا بلجنة تعديل أحكام الأسرة بوزارة الشئون الاجتماعية .

ـ عضو مجلس إدارة هيئة الأوقاف .

ـ عضو مجلس إدارة بنك ناصر الاجتماعى « أول بنك اجتماعى اسلامى » .

ـ اختاره مؤسسو بنك فيصل الإسلامى المصرى « أول بنك استثمارى اسلامى » عضواً بهيئة الرقابة الشرعية

ـ عضو الهيئة العليا للفتوى والرقابة الشرعية للاتحاد الدولى للبنوك الإسلامية .

ـ كان عضواً بلجنة تجلية مبادىء الشريعة الإسلامية بالمجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

ـ رئيس لجنة الدراسات الفقهية المقارنة بالمجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

ـ عضو لجنة الموسوعة الفقهية بالمجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

ـ عضو لجان تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

ـ اختارته الكويت ممثلا للشريعة الاسلامية فى لجـــان تطوير تقنيناتها طبقا للشريعة الاسلامية ، ولم تمكنه ظروفه من السفر .

ـ مقرر لجنة الشريعة الإسلامية بالمجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية .

ــ مقرر لجنة الجوائز فى الشريعة الاسلامية بالمجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية.
ــ عضو لجنة القانون بالمجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية .
ــ عضو المجلس القومى للخدمات والتنمية الاجتماعية التابع لرياسة الجمهورية ، وعضو شعبة العدالة والتشريع ، وشعبة التنمية الاجتماعية به .
ــ اشترك فى مؤتمر المصارف الإسلامية فى دبى ، وكان رئيساً لإحدى لجانه .
ــ اشترك فى وضع نظام ومناهج المعهد الدولى للمصارف الاسلامية .
ــ اشترك فى مؤتمر الدعوة الاسلامية بمكة المكرمة
ــ اشترك فى ندوة نقابة الأطباء عن نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات والأحياء .
ــ اشترك ممثلا لجامعة القاهرة فى ندوة اتحاد الجامعات العربية بالخرطوم لتطوير الدراسات الاسلامية
ــ مثل الأزهر فى الحوار الاسلامى المسيحى الذى جرى فى لبنان سنة ١٩٧٢ .
ــ اشترك ــ ممثلا للشريعة الإسلامية ــ فى اللجنة التى شكلتها الدول العربية لوضع قوانين هيئة التصنيع العربية . ــ شارك فى التفسير (المنتخب) .
ــ عضو جبهة علماء الأزهر ، واتحاد خريجيه ، واتحاد خريجى القضاء الشرعى .
ــ يمثل وزارة التعليم (العالى) فى مجلس إدارة معهد الدراسات الإسلامية العالية التابع لجمعية الدراسات الإسلامية .
ــ عضو لجنة خطة ومناهج التربية الدينية بوزارة التعليم .
ــ شارك فى تطوير المعهد الدينى العالى بأم درمان إلى كلية ثم إلى جامعة اسلامية ، ودرس فيها الفقه والتفسير والحديث والاقتصاد الاسلامى .
ــ شارك فى مراجعة مناهج وكتب التربيـــة الدينية فى المرحلة الاعدادية والثانوية بالسودان ، كما شارك فى مراجعة امتحانات شهادة الثانوية به .
ــ عضو لجنة الدفاع الاجتماعى بوزارة الشئون الاجتماعية .
ــ عضو مجلس إدارة مسجد جده الإمام الحسين رضى الله تعالى عنه .
ــ عضو لجنة الإشراف على مجلة البنوك الإسلامية .
ــ درس بكلية القانون بجامعة الخرطوم السودانية بقسميها الشرعى والمدنى : مواد السياسة الشرعية وتاريخ القضاء وأحكام الأسرة والمعاملات ، وهو الممتحن الخارجى لقسم الشريعة الإسلامية بجامعة الخرطوم .
ــ سافر أستاذاً زائراً لجامعة صنعاء ، وجامعة أم درمان الإسلامية ، وكلية الحقوق بجامعة باريس (١) ودعته جامعة قطر ، جامعة الإمام محمد بن سعود .
ــ درس بكلية البنات بجامعة الازهر (فى شعبة الدراسات الاسلامية والعربية. وشعبة الاجتماع، وشعبة التجارة) وبالدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، وبكلية الحقوق بجامعة عين شمس.
ــ محكم الإنتاج العلمى للأساتذة والأساتذة المساعدين فى جامعة الرياض وجامعة الإمارات العربية وجامعة الخرطوم ، وجامعة الكويت ، وجامعة الملك عبدالعزيز بمكة، وفى الجامعة الأمريكية ، ومقرر اللجنة العلمية الدائمة لترقيات الأساتذة والأساتذة المساعدين فى الجامعات المصرية .

- عضو مجلس ادارة جمعية أنصار حقوق الإنسان بالقاهرة .
- عضو جمعية القانون الدولي .
- عضو جمعية الاحصاء والتشريع والعلوم السياسية .
- رشحته جامعة الزقازيق لجائزة الملك فيصل المخصصة لمن خدموا الإسلام وأثروا الدراسات الإسلامية
- رشحته كلية حقوق القاهرة لجائزة دولة تونس لمن قام بأعمال ممتازة فى تخصصه .
- أشرف على عدد كبير من رسائل الماجستير والدكتوراه ، ورأس وشارك فى لجان الحكم على رسائلها فى كليات الشريعة ، وكليات الحقوق ، فى الداخل والخارج ، وفى كليات الآداب ، وكلية دار العلوم ؛ ومعهد الدراسات الاسلامية ، وكلية البنات بالأزهر ، وكلية البنات بجامعة عين شمس ، وتنوعت هذه الرسائل بين الدكتوراه فى الشريعة الاسلامية بفروعها المختلفة ، وفى القانون بفروعه المختلفة ، وفى الاقتصاد ، وفى التفسير ، وفى الحديث ، وفى المكتبات ، وفى الوثائق .

وكان من هذه الرسائل رسالة فى تطوير المعاملات المصرفية على ضوء الشريعة الإسلامية ، كانت رائدة الحركة الإسلامية المباركة فى إنشاء المصارف الإسلامية فى بعض الدول العربية والإسلامية والاوربية . . . . والبقية تأتى بمشيئة الله وتوفيقه .

- عين وزير الدولة للأوقاف ، فى وزارة الرئيس محمد أنور السادات ، رئيس الجمهورية ، والتى أعلن يوم تأليفها أنه حاكم مسلم لدولة إسلامية ، يقوم على حراسة الدين وسياسة الدنيا به ، وتطبيق الشريعة الاسلامية ، التى تقوم على العدل والسماحة مع جميع المواطنين مسلمين وغير مسلمين .

من كتب المؤلف وبحوثه

١ - أصول الفقه الإسلامى (ترجم إلى اللغة التركية)
٢ - الوسيط فى أحكام التركات والمواريث
٣ - الاحكام الأساسية للمواريث والوصية الواجبة .
٤ - أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية (ترجم إلى اللغة الأفغانية)
٥ - حقوق الأولاد فى الإسلام (نشره المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية) وقرر ترجمته إلى اللغات العالمية ولغات الشعوب الاسلامية .
٦ - موجز فى أحكام الوقف ٧ - أحكام العقد
٨ - لا يطل (يهدر) دم فى الإسلام (نظام القسامة والعاقلة) بحث ألقى فى أسبوع الفقه الإسلامى بتونس
٩ - درء الحدود بالشبهات بحث ألقى فى أسبوع الفقه الإسلامى الرياض
١٠ - دور المرأة فى المجتمع بحث ألقى فى أسبوع الفقه الإسلامى بالقاهرة ثم فى لجنة لتحضير للدستور بمجلس الامة
١١ - الفقه الإسلامى : ماضيه وحاضره ومستقبله بحث ألقى فى المؤتمر العالمى الاول للتعليم الإسلامى بمكة المكرمة

١٢ — حقوق الإنسان فى الإسلام — بحث ألقى فى الندوة العالمية بواشنطن (ترجم إلى اللغة الإنجليزية)

١٣ — الميثاق العالمى لحقوق الإنسان على ضوء الشريعة الإسلامية — بحث ألقى فى ندوة اليونسكو بالقاهرة تحت رعاية جامعة الزقازيق (ترجم إلى اللغة الفرنسية)

١٤ — الإسلام إعلان وإعلام وميثاق إلهى لحقوق الإنسان — بحث ألقى فى الندوة الإسلامية التى أقامتها المنظمة الدولية للمؤتمر الإسلامى فى النيجر (ترجم إلى اللغة الفرنسية)

١٥ — صور الملكية فى الشريعة الإسلامية — بحث ألقى فى حلقة الدراسات القانونية بالرباط

١٦ — الأسرة الإسلامية — بحث ألقى فى المهرجان الإسلامى العالمى بلندن (ترجم إلى اللغة الإنجليزية)

١٧ — المصلحة أساس التشريع الإسلامى — بحث نشره المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

١٨ — الحصانات الدبلوماسية فى الشريعة الإسلامية — بحث ألقى فى الجمعية المصرية للقانون الدولى (تحت الطبع)

١٩ — أيها السادة :السلام عليكم ورحمة الله. — أحاديث إذاعية : مقروءة ومسموعة ومرئية (تحت الطبع)

٢٠ — الفتاوى المصرية . . . الفتاوى البرية — مجموعة فتاوى فى الدين والدنيا (تحت الطبع)

٢١ — الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية — بحث ألقى فى المؤتمر العالمى للفقه الإسلامى بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض

٢٢ — من حقوق الإنسان : حق الحرية — بحث نشرته مجلة عالم المعرفة التى تصدرها وزارة الإعلام بالكويت

٢٣ — الإمام مالك وأثره فى الفقه الإسلامى — محاضرة منشورة فى الموسم الثقافى لجامعة الكويت

٢٤ — أهداف العقوبة فى الشريعة الإسلامية — بحث أرسل إلى ندوة الجمعية الدولية للعلوم الجنائية ، والتى انعقدت فى إيطاليا ، بناء على دعوتها وإرسال تذكرة السفر والعودة ، وحالت الظروف القاهرة فى إيطاليا دون حضورها .

٢٥ — التربية الدينية للصف الثانى الثانوى — بالاشتراك

٢٦ — التربية الدينية للصف الأول الثانوى — بالاشتراك

٢٧ — الكتاب المبين — مصحف مفسر بأسلوب جديد (تحت الطبع)


Bibliotheca Alexandrina

1523179